

Fabio Marcelli

Los derechos de los pueblos indígenas



LIBRERIA JURIDICA
SANCHEZ R. LTDA.



© Fabio Marcelli
LOS DERECHOS DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS
Edición, 2011
ISBN: 978-958-8336-83-1



Pontificia Universidad Javeriana Cali
Rector: Jorge Humberto Peláez S.J.
Vicepresidente Académico: Antonio de Roux Rengifo
Facultad de Humanidades y Ciencias Sociales
Decano Académico: José Ricardo Caicedo Peña
Decano del Medio: Clara Eugenia Jaramillo
Departamento de Ciencia Jurídica y Política:
Juan Fernando Salazar Calero

Esta edición y sus características gráficas
son propiedad de



**LIBRERÍA JURÍDICA
SANCHEZ R. LTDA.**

Calle 46 No. 43-43
PBX: 444 44 98
Medellín - Colombia
E-mail: lijursanchez@epm.net.co
Web: www.lijursanchez.com.co

Prohibida la reproducción por cualquier medio magnético,
sin la autorización expresa del autor y/o editor.

AMargarita





Contenido

	Pág.
Prólogo	9
Introducción.....	13
Capítulo primero	
Los pueblos indígenas en el Derecho Internacional	
1. Realidad y características de los pueblos indígenas	25
2. Noción jurídica y realidad histórica	31
3. Los tratados y otros acuerdos estipulados por los pueblos indígenas con los Estados	42
4. Fases de la Doctrina Jurídica Occidental relacionadas con los pueblos indígenas	55
Capítulo segundo	
Las Naciones Unidas y los derechos de los indígenas	
1. Evolución y adaptación del tema indígena al interior de la organización mundial	65
1.1 Premisa	65
1.2. El Grupo de Trabajo sobre las Poblaciones Indígenas	67
1.3. El Expert Mechanism sobre los derechos de los pueblos indígenas	68
1.4. El Forum Permanente de Asuntos Indígenas	69
1.5. El Relator Especial	71
1.6. El Convenio No. 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT)	71
1.7 El Segundo Decenio Internacional de los pueblos indígenas	79

2. Los pueblos indígenas en las Conferencias Internacionales	81
2.1. Premisa	81
2.2. Derechos Humanos	88
2.3. Población	88
2.4. Desarrollo Social	89
2.5. Mujeres	90
2.6. Racismo.....	91
3. Actuación de los Comité de Derechos Humanos	94
3.1. Premisa	94
3.2. La Recomendación General N° 23 del Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial	95
3.3. Observaciones del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales	97
3.4. El Comité de Derechos Humanos	97
4. La Declaración sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas	104
4.1. Adopción	104
4.2. Contenido.....	106
4.3. Efectos y fuerza vinculante	112

Capítulo III
Los pueblos indígenas y América Latina

1. Amerindia	119
2. Desarrollo a nivel regional	123
2.1. La OEA	123
2.2. Los organismos interamericanos de derechos humanos	129
2.3. La Comisión Especial dentro del sistema de cooperación amazónica	129
2.4. El Fondo para el desarrollo de los pueblos indígenas	129
2.5. La Comunidad Andina	130
3. Los pueblos indígenas en algunas Constituciones Latinoamericanas recientes	132
3.1. Bolivia	132
3.2. Ecuador.....	148
3.3. Venezuela	152
4. Consideraciones finales.....	155
Conclusiones	157
Bibliografía.....	171

Prólogo

G

Con el libro «Los derechos de los pueblos indígenas» la casa editorial ARACNE inaugura la serie «Globalización y derecho», dirigida por el suscrito.

Esta serie, tiene por objetivo proporcionar información e ideas para el debate y la iniciativa, científicas y de otro tipo, teniendo en cuenta las principales problemáticas que enfrenta la comunidad internacional en este complejo y crucial momento de su existencia.

El punto de vista adoptado, de acuerdo con mi formación y actividades, es el del jurista internacional, según los dos posibles significados que puede asumir este último término: a) estudioso del derecho internacional; b) persona especialmente sensible a la necesidad de un acercamiento global y solidario con los problemas, con la conciencia de la profunda unidad de propósitos e intereses de la humanidad en su conjunto.

En cuanto al primero de los dos significados antes enunciados, precisamente la complejidad de las temáticas vividas por la comunidad internacional en el momento actual, impone el abandono de toda pretensión de autoreferencialidad del derecho internacional.

En efecto, la globalización entrelaza cada vez más el ordenamiento internacional con aquellos nacionales, imponiendo la complementariedad y la cooperación.

El tema elegido para este debut, los derechos de los pueblos indígenas, se presta bien para demostrar esta cuestión: en efecto, en el libro se ilustrarán las fuentes normativas que de ella se ocupan, tanto de nivel internacional, como regional y finalmente las nacionales.

Es además necesario, dada la naturaleza del fenómeno de «globalización», un acercamiento interdisciplinario que supere las fronteras del derecho, abarcando

puntos de vista y adquisiciones de otras ciencias. En este sentido, el tema elegido es también estimulante, si bien, dadas las dimensiones y el enfoque de la obra, nos hemos limitado, a proporcionar algunas ideas que sin duda alguna son susceptibles de ser profundizadas para un mayor estudio y discusión.

En efecto, y aquí llegamos al segundo de los dos significados del término «internacionalista», el objetivo de este libro es el de dejar constancia de algunos de los estímulos que el asunto indígena ofrece al ordenamiento internacional y a aquellos estatales, así como el de suministrar, a quien sienta especial interés por las temáticas de los derechos fundamentales, la justicia social, el medio ambiente y la democracia, un instrumento más para la reflexión y para la acción, que son hoy, más que nunca, necesarias y urgentes.

Quiero además mencionar especialmente al Instituto de Estudios Jurídicos Internacionales del Consejo Nacional para la Investigación, donde durante más de veinte años he llevado a cabo buena parte de mis actividades, un lugar importante de encuentro y de formación para los juristas, dirigido por el Profesor Sergio Marchisio quien ha sabido desarrollar, durante todos estos años, una importante función como guía y referente científico, si bien la responsabilidad de cuanto he escrito es obviamente sólo mía.

Agradezco también a los pueblos indígenas de Colombia, especialmente del Cauca, y a sus organizaciones: ONIC, CRIC, ACIN, por haberme dado la posibilidad de participar, en el último año y medio, en sus apasionantes luchas e iniciativas, alimentando en mí un interés, obviamente no sólo científico, y del cual este libro constituye uno de los resultados.

Los próximos libros de la serie enfrentarán, desde un punto de vista eminentemente pero no exclusivamente jurídico, estos y otros problemas de la comunidad internacional en su actual fase de globalización.

Roma, 24 de julio de 2009

Fabio Marcelli
fabio.marcelli@isgi.cnr.it



Introducción

G

Los pueblos indígenas constituyen, sin duda, un sujeto emergente en el ámbito de la comunidad internacional¹. En efecto, se le han dedicado una creciente cantidad de actos internacionales y han adquirido su propio *locus standi* en el seno del sistema de las Naciones Unidas, mientras varios Estados, especialmente de la zona latinoamericana, les han reconocido, al menos sobre el papel, su rol y sus derechos.

Esto representa el resultado de siglos de durísimas luchas, primero contra el exterminio y después contra la marginación y la explotación a los cuales estos pueblos han estado destinados por el modelo de desarrollo dominante y por las fuerzas hegemónicas.

Hoy, que este modelo de desarrollo está en crisis, mientras observamos las consecuencias de un largo período de explotación y acumulación salvajes al género humano y al medio ambiente, es por muchas razones lógico y natural que estos pueblos, superada una larga fase de mera resistencia por la supervivencia, se convierten en puntos de referencia para cualquiera a quien le preocupe la suerte del planeta. Estos, de hecho, indican primero que todo una manera diferente de relacionarse con los recursos y el medio ambiente, más respetuosa de la madre tierra, la *Pacha Mama*, como la llaman. Por eso mismo han iniciado la batalla y continúan oponiéndose a la actitud depredadora de las multinacionales, a veces sostenidas por gobiernos corruptos.

-
1. B. KINGSBURY, «Indigenous Peoples in International Law: A Constructivist Approach to the Asian Controversy», in *American Journal of International Law*, 1998, p. 414, «Over a very short period, the few decades since the early 1970s, «indigenous peoples» has been transformed from a prosaic description without much significance in international law and politics, into a concept with considerable power as a basis for group mobilization, international standard setting, transnational networks and programmatic activity of intergovernmental and nongovernmental organizations».

Es importante destacar cómo esta larga lucha de resistencia ha dado frutos importantes, incluyendo el plano jurídico. La clave de lectura aquí propuesta, es aquella del derecho a la libre determinación, expresamente atribuido a los pueblos indígenas por la Declaración sobre sus derechos aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en septiembre de 2.007². Este documento, y las contribuciones que lo acompañan, buscan explorar los efectos que dicho reconocimiento ha tenido sobre la condición jurídica internacional de estos pueblos y, por convergencia, sobre el mismo plano del derecho a la libre determinación, con autoridad considerado «one of the most important driving forces in the new International community»³.

Mediante la afirmación solemne por parte de la Declaración sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, en efecto, parece que el derecho a la libre determinación, vea confirmada la fuerza propulsora de la comunidad internacional hacia nuevas metas jurídicas, en un momento en el cual alcanzar objetivos significativos en términos de respeto de los derechos humanos, ampliación de la esfera pública, introducción de sistemas de participación democrática efectiva, tutela del medio ambiente, se evidencia como necesario más que nunca, considerando que sobre dichos temas tenemos mucho que aprender de los pueblos indígenas y de sus más de quinientos años de lucha y de resistencia.

Una de las propuestas de este documento, es que la atribución del derecho a la libre determinación de los pueblos indígenas dé nuevas perspectivas no solo a dichos pueblos, sino a todo el ordenamiento internacional en su conjunto. La concesión del derecho a la libre determinación de los pueblos indígenas, reconocida por la Declaración sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas y retomada por la práctica constitucional, legislativa y social de varios estados, *in primis* pertenecientes al área regional latinoamericana, en efecto, induce a superar la estrecha visión estatal del derecho a la libre determinación, que trae como resultado el poner un alto a la persecución de la independencia formal como fin en sí, generando, al contrario, la renovación profunda de los vínculos estatales, en los cuales la democracia participativa, fundada sobre las comunidades como unidad socioeconómica de base, se combina con el derecho de aprovechar los recursos

-
2. Otros autores prefieren un acercamiento diferente, como el de la protección de los pueblos indígenas. Véase por ejemplo C. M. BRÖLMANN, M. Y. A. ZIECK, «Indigenous Peoples», in C. M. BRÖLMANN, R. LEFEBER, A. ZIECK, (eds.), *Peoples and Minorities in International Law*, Martinus Nijhoff Publishers, Dordrecht-Boston-London, 1993, p. 187.
 3. A. CASSESE, *Self-determination of peoples*, Cambridge, Cambridge University Press, 1995, p. 1.

naturales existentes en sus territorios, y con la conservación de la cultura autóctona, la cosmovisión y el derecho propios, en una óptica de integración multicultural dinámica y de tutela y promoción de la diversidad y, al mismo tiempo, del diálogo entre diferentes culturas.

El tema de las relaciones con los pueblos indígenas es de central importancia y de gran actualidad para la comunidad internacional y su derecho. Visto así, la relevancia del tema deriva también del hecho que buena parte de los problemas y dificultades vividos actualmente por la comunidad internacional, son consecuencia del modo brutal y discordante con los cuales se manifiesta la globalización capitalista, cuyos orígenes coinciden en buena parte precisamente con el proceso de sometimiento, exterminio parcial e intento de etnocidio de las poblaciones indígenas, en particular en el continente americano.⁴

La creciente atención que el derecho internacional dedica al tema indígena, consagrado de manera tan clara y provechosa con la aprobación por parte de la Asamblea General de la mencionada Declaración debe, por lo tanto, ser explicada desde la perspectiva histórico-normativa, también como expresión de un intento de reparación respecto a dichas poblaciones.

Se hace entonces necesario proteger y conservar, con el fin de reconocer la existencia de la profunda nacionalidad, las razones, la legitimidad y originalidad de sus culturas, vistas desde la óptica de una sociedad internacional y de sociedades nacionales que sepan ser efectivamente multiculturales, justamente porque estamos frente al resultado del encuentro de posiciones antropológicas diferentes que en última instancia son necesariamente complementarias y, por lo tanto, susceptibles de un encuentro fecundo.

Paralelo a este criterio de fondo, está también el esfuerzo llevado a cabo por varios Estados latinoamericanos (podríamos decir que de todos o casi todos, aunque con intensidad y modalidades diferentes) para recuperar una considerable parte de su identidad derivada de las poblaciones indígenas incorporando, en

4. Cf. F. MARCELLI, «Verso una terza fase del diritto internazionale? Il ruolo dei movimenti sociali e delle autorità locali nell'attuazione del principio di cooperazione», in Id. (a cura di), *Diritto internazionale, movimenti globali e cooperazione tra comunità*, Milano, Franco Angeli, 2007, pp. 15-123. Sobre la globalización véase también S. AMIN, *Il capitalismo nell'era della globalizzazione*, Trieste, Asterios, 2007; D. HELD, A. MCGREW (eds.), *The Global Transformations Reader*, Cambridge, Polity, 2002; D. ZOLO, *Globalizzazione. Una mappa dei problemi*, Bari, Laterza, 2006.

sus respectivas constituciones, artículos y principios dedicados a éstas. La misma exigencia de soluciones que existe a nivel internacional viene, en efecto, vivida de forma más directa y urgente en el ámbito de los Estados⁵.

Estos últimos, especialmente en la región latinoamericana, se encuentran en la búsqueda de raíces culturales compartidas que permitan, después de años de dictaduras militares y del neoliberalismo, fundar sobre un nuevo pacto social su propia existencia mientras, en la mayor parte de estos, el tema indígena es parte esencial de una cuestión social ineludible, que demanda con fuerza el uso de los recursos en beneficio del conjunto de las colectividades nacionales y una distribución equitativa de las ganancias derivadas de estos⁶.

Si se piensa a nivel regional, vemos que aparece aún con más fuerza este enlace entre aspectos de orden cultural, de identidad y de problemas de uso y distribución de las riquezas. Aquí, la exigencia de un fundamento común y compartido es mucho más aguda, porque se trata de dar vida a nuevas experiencias de integración continental que sean capaces de salir de los esquemas utilizados hasta ahora particularmente en Europa, o en otras partes del mundo, y que muestran hoy el hilo conductor de un proyecto fuertemente economicista y marcado de manera negativa por los estrechos intereses de clase de las fuerzas hegemónicas⁷.

-
5. Tales expresiones de exigencia son por ejemplo actos de diferente naturaleza y origen, como el reconocimiento por parte del Gobierno australiano de los delitos cometidos contra los aborígenes, la aceptación por parte de la Iglesia Católica de su rol negativo durante la *conquista* e l'*Apology Bill* de Hawaii, aprobado en 1993 por el Congreso de los Estados Unidos (cfr. United Nations, Economic and Social Council, Commission on Human Rights, Sub-Commission on Prevention of Discrimination and Protection of Minorities, Fifty-first session, Item 7 of the provisional agenda, Human Rights of Indigenous Peoples, *Study on treaties, agreements and other constructive arrangements between States and indigenous populations. Final report by Miguel Alfonso Martínez, Special Rapporteur* (E/CN.4/Sub. 2/1999/20), 22 June 1999, p. 61).
 6. Respecto a aspectos diferentes pero fuertemente complementarios de la más reciente práctica constitucional Latinoamericana cfr. F. MARCELLI, «La tutela dell'ambiente e la partecipazione democratica come elementi di una nuova identità latino-americana emergente», in G. CATALDI e A. PAPA (a cura di), *Ambiente, diritti ed identità culturale*, Napoli, Editoriale scientifica, 2006, pp. 251-268.
 7. En este sentido, fue expresa la exigencia de «cambiar los ejes con que frecuentemente se formula el debate sobre la integración – arancelaria y comercial – hacia una dimensión más sustantiva del debate: en términos de valores, identidad, ciudadanía, equidad e inclusión», C. CALVO, «Prólogo», en *Argentina. Estrategia País en el marco de la Integración Regional y el Mundo Globalizado*, Buenos Aires, 2006, p. 9. Véase el documento que lo fundamenta del *Foro Debate, ibidem*, p. 27 ss, así como la Declaración de Washington del 9 de septiembre de 2005 de los Obispos de América Latina y del Caribe *ibidem*, p. 57 ss. Sobre las perspectivas de Europa véase FONDAZIONE BASSO, *Sfera pubblica e costituzione europea*, Bari, Carocci, 2001.

La situación de crisis global que estamos viviendo en todo el planeta y que presenta varias dimensiones (ambiental, alimentaria, financiera, social) requiere el impulso de ideales distintos. En virtud de un vínculo con la tierra y la naturaleza que no es sólo de tipo económico sino profundamente espiritual, los pueblos indígenas pueden desempeñar primero que todo un rol fundamental como centinelas del medio ambiente y como promotores de un efectivo uso sostenible de los recursos.

En un momento en el cual la crisis financiera demuestra a todos la insensatez del modelo de desarrollo basado en la acumulación desenfrenada de capital y la multiplicación de la riqueza monetaria desvinculada de la economía real, regresan las amargas y aún actuales palabras contenidas en la famosa profecía *creek* dirigida a los humanos blancos⁸...

Cierto es que sería ilusorio pensar que los pueblos indígenas puedan, solos, rescindir una situación mundial gravemente comprometida, pero incorporar un acercamiento parece indispensable para dar vida a una cultura global que esté a la altura de los desafíos.

La protección de los pueblos indígenas y la promoción de sus derechos responden, en este sentido, a algunos intereses fundamentales del derecho internacional en su conjunto, tales como la protección del medio ambiente y de la diversidad biológica⁹, la diversidad cultural, los derechos humanos y la paz.

Se trata, por lo tanto, de un tema que, justamente en virtud de las implicaciones que tiene, tiende cada vez más a ser sustraído de la esfera de la soberanía nacional, entendida como el mero arbitrio de los poderes gubernativos, y a ser afrontado contrarrestando los poderes de las sociedades multinacionales que aspiran a apropiarse de los recursos que corresponden a los pueblos indígenas y que les son indispensables para su supervivencia, como lo son también para el resto de la humanidad y del planeta en su conjunto.

Un aspecto particularmente estimulante de la contraposición dialéctica entre pueblos indígenas y sociedades multinacionales, lo constituye la problemática relativa a la protección de la propiedad intelectual, también esta de gran interés por la creciente

8. «Sólo cuando el último río se haya secado, cuando el último árbol haya caído, cuando el último animal haya sido asesinado, sólo entonces entenderán que el dinero no se come ».

9. Véase J. D. VAN DER VYER, «State sovereignty and the environment in international law», in *The South American Law Journal*, August 1992, pp. 472-495.

importancia de la investigación científica y tecnológica y de la necesidad de gobernarla y de orientar la aplicación de sus hallazgos hacia el efectivo bienestar de los pueblos y de los individuos¹⁰.

También en materia de propiedad intelectual, como de todo lo relativo al tema de propiedad *tout contour*, los pueblos indígenas se convierten en portadores de nuevas aspiraciones hacia la socialización del conocimiento, que tiene su punto de partida en su protección contra los intentos de apropiación indebida por parte de los potentados económicos.

Si bien es cierto que «el tema de las patentes está, por definición, cargado de elementos de conflicto»¹¹ y que estos «encarnan el conflicto entre derechos individuales e interés público»¹², al respecto, la práctica de los pueblos indígenas induce a afrontar cuestiones complejas y constituye un fuerte estímulo para el establecimiento de normatividades auténticamente novedosas. Desde este punto de vista, se abren nuevos espacios para la búsqueda de una alternativa a las patentes y a otras formas tradicionales de protección de la propiedad intelectual que, como se ha podido observar, «empobrecen la sociedad humana desde un punto de vista ético, ecológico y económico»¹³.

Todo se enmarca en el ámbito del discurso sobre la producción y difusión del conocimiento que, por obvias razones, asume un valor estratégico viniendo a condicionar con fuerza las directrices de desarrollo asumidas y practicadas a nivel internacional.¹⁴

Particularmente interesante, se muestra la contribución que los pueblos indígenas pueden dar a dicho propósito, a partir de su relación con la naturaleza y la tierra, especialmente teniendo en cuenta el hecho que «la compensación por la innovación, en estos campos, debería basarse en el reconocimiento de la creatividad y de las capacidades generativas connaturales a los organismos vivientes»¹⁵. La cuestión ética que se pone en consideración es esencialmente aquella del respeto por la vida, que no puede ser considerado del mismo modo

10. Cf. En general F. MARCELLI, *Il regime internazionale della ricerca scientifica e tecnologica, con particolare riferimento alla ricerca spaziale*, Roma, CNR, 1996.

11. V. SHIVA, *Il mondo sotto brevetto*, Milano, Feltrinelli, 2002, p. 9.

12. *Ibidem*.

13. *Ibidem*, p. 10.

14. F. MARCELLI, *Verso una terza fase*, cit., p. 92 ss.

15. V. SHIVA, *Il mondo sotto brevetto*, cit., p. 9.

que un bien patentable. Por otra parte, el uso de patentes para sustraer a los indígenas, como a otras categorías sociales, la disponibilidad de la ciencia por ellos detentada y producida, se evidencia como una ulterior fase moderna de la colonización: «En el transcurso de la primera colonización, a los pueblos indígenas se les quitaba la tierra. Con el Derecho de Propiedad Intelectual y con las patentes se ejercita la piratería directamente sobre las mentes y sobre los cuerpos de los pueblos indígenas: es la vida misma la que es colonizada»¹⁶.

El otro ámbito en el cual se registra una contraposición entre instancias de los pueblos indígenas y situaciones institucionales consolidadas es, obviamente, el que se refiere a las formas de Estado, es decir del ordenamiento y del control sobre los sistemas públicos. Se pone de relieve, para dicho propósito, cómo la temática de la promoción de los derechos de los pueblos indígenas responde a la experiencia de garantizar la protección por parte de los respectivos Estados, cuando estos, como con frecuencia sucede, los reprimen y los representan de manera inadecuada¹⁷.

Todos los instrumentos previstos para tal fin por la normatividad internacional sobre los derechos humanos son aún insuficientes, no sólo por las carencias, sobre un plano más general, de los mecanismos de control previstos, sino también porque la temática no puede considerarse una extensión de los principales actos internacionales sobre la materia, ya que no fueron puestos en evidencia los caracteres diferenciales y específicos¹⁸; por lo tanto, se registran carencias generales y específicas del aparato normativo para la protección de los derechos humanos¹⁹.

16. *Ibidem*, p. 13.

17. R. FALK, «Foreword», a MAIVÂN CLECH LÂM, *At the Edge of the State: Indigenous Peoples and Self-Determination*, Ardsley, New York, Transnational Publishers, 2000, p. xiii.

18. R. FALK, *ibidem*, observa que «capabilities to ensure implementation remain rudimentary and uneven», che «their distinctive outlook has been either overlooked or distorted by most understandings of human rights», y que «[t]he specific identities and grievances of indigenous peoples played literally no role in the influential formulations of the provisions of the Universal Declaration of Human Rights», para llegar a la conclusión que «[a]mazing as it may seem, indigenous peoples were simply not treated as «human» by the Universal Declaration, despite its drafters being among the most idealists of their day». Este punto de vista puede parecer excesivo, pero sin duda lo que los redactores de la Declaración no tenían en mente era la especificidad representada por los pueblos indígenas y la necesidad de protegerla como tal, como contribución a una más amplia y general protección de los derechos humanos.

19. Además, no todos los Estados en los cuales están presentes pueblos indígenas significativos, ratificaron el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y su Protocolo Facultativo que prevé el recurso individual (cfr. C. M. BRÖLMANN, M. Y. A. ZIECK, *Indigenous Peoples*, cit., p. 190).

Integrando las segundas con respecto a los pueblos indígenas, se actúa, al mismo tiempo, hacia la superación de las primeras, sobre el camino de la ampliación y de una mayor eficiencia sobre los mecanismos de protección. Un significado particularmente útil asumen entonces las iniciativas de los pueblos indígenas en las situaciones de conflictos internos, en las cuales ellos actúan para garantizar la cohesión y reconquistar la paz²⁰.

De manera más general estos proponen, con fuerza, la exigencia de ordenamientos auténticamente multiculturales que, por razones en parte diferentes, surge potentemente en estos momentos también en otras situaciones, como por ejemplo la europea.

Se hace necesario, para garantizar de manera efectiva los derechos de los pueblos indígenas, y con ellos los bienes internacionales de los cuales se hacen garantes, la innovación de los ordenamientos y sobre dicha base producir una sinergia virtuosa entre el nivel internacional y aquel nacional, necesaria y generalmente delegada a la actuación y aplicación práctica de los derechos humanos, lo cual requiere una convergencia operativa entre la esfera normativa y aquella social, que puede resultar extremadamente fecunda.

Desde este segundo punto de vista, la realidad actual de los pueblos indígenas, especialmente en el área latinoamericana, pero no solo en esta, presenta una serie de características extremadamente interesantes, dado que estamos presenciando un florecimiento de luchas e iniciativas sobre el territorio en defensa de los derechos de dichos pueblos. Sobre esta base, se están verificando una modificación y una verdadera regeneración del tejido normativo a todos los niveles, que da fe de la existencia de estas reivindicaciones y recoge el contenido, en muchos sentidos ejemplar, incluso respecto a realidades diferentes a aquellas propiamente indígenas.

Por lo demás, aparece como fundamental la circunstancia que, con mucha frecuencia, tales luchas tienen como finalidad directa la correcta aplicación de normas internacionales y constitucionales no cumplidas o ignoradas por los gobiernos. Estos últimos, están llamados a elegir entre poner en marcha los

20. Un caso extremadamente interesante, es el colombiano. Véase también el nexo establecido entre paz y derechos de los indígenas en la intervención del representante de Nepal en la Asamblea General de las Naciones Unidas, Acharya, durante el debate de la Declaración de los derechos de los pueblos indígenas, en United Nations, General Assembly, Sixty-first session, 108th plenary meeting, Thursday, 13 September 2007, 3 p.m., New York, A/61/PV.108, p. 3.

derechos de los indígenas, y con ellos las de grandes masas de población no indígena o bien aplicar los *diktat* de la globalización, en términos de libre comercio, apertura de las inversiones, privatización de las tierras y de los recursos naturales.

Este es el orden de exposición del tema: tomaremos en consideración, primero que todo, algunos elementos informativos relativos a la noción de los pueblos indígenas, a su diversificada realidad, al alcance de su cultura o mejor de sus culturas, a los tratados por ellos estipulados con los Estados y a la postura de la doctrina jurídica dominante en lo que a ellos respecta. Las posiciones de ésta última, han resultado, en su mayoría, caracterizadas por la negación de cada subjetividad y de cada derecho que involucra dichos pueblos.

Esta postura ideológicamente racista y colonialista vendría a ser superada sólo con el advenimiento de las Naciones Unidas, en cuyo ámbito fueron adoptadas las primeras iniciativas a favor de los pueblos indígenas. Específicamente sobre el tema, se estableció el Grupo de Trabajo sobre los Pueblos Indígenas (1981), se estipuló el Convenio de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) sobre el tema (1989) y se celebró el primer Año Internacional sobre los Pueblos Indígenas (1993). A estos pueblos se les concedió especial consideración en el ámbito de importantes Cumbres como las de Río de Janeiro, sobre Medio Ambiente y Desarrollo (1992), la de Viena sobre Derechos Humanos (1993), aquella de Estambul sobre Población (1994), la de Copenhague sobre Desarrollo Social (1995), la de Pequín sobre las Mujeres (1995) y la de Durban contra el Racismo (2000). El momento culminante de las actividades llevadas a cabo en el ámbito de las Naciones Unidas sobre los pueblos indígenas y de la correspondiente elaboración normativa estaba finalmente constituido por la Declaración sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas adoptada en septiembre de 2007, y de la cual se analizarán su contenido y su alcance.

Debemos hacer notar, preliminarmente, que hoy en día hay diversas fuentes de derecho internacional que toman en consideración esta temática, directa o indirectamente. Las hay especializadas explícitamente en el tema, entre las cuales encontramos especialmente la mencionada Declaración de septiembre de 2007 y el Convenio N° 169 de la OIT, así como los actos adoptados a nivel regional. De igual modo, se examinan las fuentes que, aún sin hablar de pueblos indígenas, puedan resultar aplicables a estos, sobre todo el Pacto Internacional sobre los Derechos Civiles y Políticos, en particular sus artículos 1 y 27 cuyo objeto es el derecho a la libre determinación y los derechos de las minorías, respectivamente²².

Se hace notar cómo el ordenamiento territorial ha recorrido, al respecto, una parábola marcada por una progresiva ampliación del *focus* adoptado²¹. Con anterioridad, se trató de proteger, por separado, a los indígenas de las discriminaciones de las cuales eran objeto en diferentes ámbitos, después se pasó al reconocimiento de la necesidad de una protección colectiva en cuanto minoría y se logró finalmente llegar a afirmar la existencia de un verdadero derecho a la libre determinación existente en cabeza de los pueblos indígenas.

Esto trajo consigo un constante enriquecimiento y afirmación de los instrumentos jurídicos a disposición, para realizar los derechos de los indígenas desde la óptica de una renovación total de la posición tradicional, contrapuesta a la proclamación de los poderes de los colonizadores y de la consecuente reducción a *res nullius* de los pueblos indígenas, de sus territorios y de sus recursos. De esta manera, el ordenamiento ha dado un reconocimiento siempre más amplio y profundo, a una realidad social existente desde siempre, capaz de comunicar y afirmarse con creciente eficacia en el ámbito internacional²².

El documento prosigue, tratando, de manera más específica, el acercamiento al tema indígena llevado a cabo por varios Estados latinoamericanos, sea individualmente, sea en su conjunto²³. Siguen algunas consideraciones conclusivas que se refieren a los posibles efectos, de manera más general, de la integración de la cosmovisión indígena en el derecho internacional; proceso que está en sus inicios.

Sobre el plano del ordenamiento y por lo tanto del derecho objetivo, así como de las ideologías que lo informan, asistimos a una transición del derecho de la conquista al derecho a la libre determinación, que confirma su naturaleza fundamental de principio-guía. Para que surta efecto dicho principio, los pueblos indígenas están llamados a desempeñar un auténtico rol de poder de decisión sobre todo aquello

21. Cf. M. SCHEININ, « «Indigenous peoples» rights under the International Covenant on Civil and Political Rights», en J. CASTELLINO, N. WALSH (eds.), *International Law and Indigenous Peoples*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden-Boston, 2005.

22. Sobre los diferentes y, pero solo en parte, mutuamente excluyentes fundamentos conceptuales jurídicos de las exigencias de los pueblos indígenas cfr. B. KINGSBURY, «Reconciling Five Competing Conceptual Structures of Indigenous Peoples' Claims in International and Comparative Law», en P. ALSTON (ed.), *Peoples' Rights*, Oxford, Oxford University Press, 2001, p. 69 ss.

23. Sobre las actividades llevadas a cabo por algunas organizaciones internacionales, tanto gubernamentales como no-gubernamentales, a favor de los pueblos indígenas, véase *infra* el aporte de Roberta Riggio.

que tiene que ver con su propia esfera. Por estas mismas razones, las luchas de los pueblos indígenas adquieren un alcance y un significado completamente global y parecen tender, también éstos, como muchos otros, a la superación del «déficit democrático» producido y constantemente agudizado por el proceso de globalización²⁴. Conceptos fundamentales del derecho internacional, así como los de las ciencias políticas, el principio de la libre determinación y de la soberanía, asumen en este contexto nuevas valencias.

La afirmación del derecho a la libre determinación de los pueblos indígenas propone de nuevo una asociación contemporánea dialéctica entre soberanía popular y soberanía nacional, subrayando el gran valor democrático entre el primer concepto y redefiniendo, de igual modo, la noción misma de pueblo, que resulta significativamente enriquecida. Se ve fuertemente afectada la concepción del principio de nacionalidad planteado en el Ochocientos, así como aquel que establece que cada pueblo debería tener derecho a su propio Estado independiente. Dejando de ser un fetiche inútil o una dañina pantalla protectora del poder del imperio estatal, así como de un *ius excludendi alios*, el principio de soberanía reencuentra su precisa razón de ser en conexión, por una parte, con las problemáticas relacionadas con el territorio al cual éste concretamente define y se ubica como base material concreta de las actividades humanas, por otra parte con la comunidad humana que en él se encuentra y por otra parte aún, con las necesidades globales de la paz, la democracia, la cooperación internacional y del respeto por los derechos humanos.



24. Sobre dicho *deficit* cfr. FALK, *Foreword*, cit., p. xii s.



Los pueblos indígenas en el Derecho Internacional

G

1. Realidad y características de los pueblos indígenas

Los pueblos indígenas existen desde tiempo inmemorable. Se estima que son alrededor de 300 millones el número de pertenecientes a dichos pueblos²⁵. Algunos autores, han subrayado la heterogeneidad de este término, ya que este comprende comunidades nómadas, poblaciones dispersas sobre todo el territorio de un determinado país y otras concentradas en diferentes regiones²⁶. Otro factor obvio de diversidad está dado por el hecho que dichos pueblos están distribuidos sobre todo el territorio del planeta, desde la Patagonia hasta el Canadá, desde Nueva Guinea hasta la India, de Laponia hasta Siberia. Por lo tanto no es posible cualificar estos pueblos en términos geográficos o etnográficos definidos. Más ventajoso parece ser el acercamiento de tipo histórico, adoptando como elemento diferenciador la relación entre los pueblos indígenas y la expansión progresiva de la civilización europea. Entendiendo que esta expansión ha comprometido prácticamente a todos los pueblos del globo, pero que lo que caracteriza a estos pueblos indígenas es la persistencia de su condición de subordinación aún más allá de la cesación del fenómeno de colonización. Según Falk, por ejemplo, los pueblos indígenas representan a la más vulnerable de las categorías de pueblos, en cuanto a que no sólo han sido víctimas de la opresión y de la explotación por la colonización sino porque además les han sido negados los beneficios que deberían haber recibido al cese de dicha condición²⁷.

25. OFFICE OF THE HIGH COMMISSIONER FOR HUMAN RIGHTS, *The Rights of Indigenous Peoples*, Fact sheet No. 9, rev. 1, p. 3, también en www.unhchr.ch/html/menu6/2/fs9.htm.

26. C. M. BRÖLMANN, M. Y. A. ZIECK, *Indigenous Peoples*, cit., p. 187.

27. *Foreword*, cit. p. xiii.

Si se limitasen a existir como tales, los pueblos indígenas podrían como máximo constituir un dato del *folklore* o un objetivo en las investigaciones antropológicas. Su emersión como sujetos de derecho, tanto en el ámbito del ordenamiento nacional del cual hacen parte, como del internacional, deriva del nacimiento y crecimiento de un difundido movimiento político, que tiene por objeto la protección de las características propias de dichos pueblos, la organización para obtener resultados determinados en términos de acceso a los recursos y la lucha contra la discriminación y participación política.

En este sentido, los orígenes del movimiento indígena, se remontan a los años Sesenta, en particular a aquellos del ámbito nacional²⁸. Por lo tanto, el contexto histórico de referencia está constituido por la segunda fase del cese del colonialismo²⁹. Es en dicho ámbito que, superando las mencionadas diferencias entre las varias comunidades indígenas, se determinó una identidad unitaria del movimiento impulsado por estas últimas.

Vale la pena subrayar el importante rol de las organizaciones internacionales, en particular de las Naciones Unidas, como lugar de encuentro y congregación. Así mismo, es importante evidenciar la estrecha unión que existe entre los pueblos indígenas y su representación política; así como el hecho de que dicha representación comenzó a operar en el plano nacional para después constituir una red global, aunque obviamente los pueblos indígenas han dirigido su existencia y resistencia a la opresión de los colonizadores desde el momento mismo de la *conquista*. Precisamente esta circunstancia evidencia un nexo extremadamente significativo entre los pueblos indígenas y la globalización³⁰.

El movimiento indígena, por lo tanto, se tipifica progresivamente como el movimiento internacional y global que trasciende los ámbitos nacionales en cuyo sentido opera más específicamente. Justamente para efectos de dicho movimiento, en sus diferentes articulaciones, ningún Estado perteneciente a la

28. J. J. CORNTASSEL, T. H. PRIMEAU, «Indigenous Sovereignty and International Law: Revised Strategies for Pursuing «Self-Determination»», en *Human Rights Quarterly*, 17, 1995, p. 343.

29. El vínculo entre la descolonización y la lucha de los indígenas está clarísimo; así por ejemplo, en la intervención durante el debate sobre la Declaración de los derechos de los pueblos indígenas hecha por el representante de uno de los últimos Estados que logró la independencia de las Potencias coloniales, Namibia, Mbuende: «We, as historical victims of deprivation of our rights, could not do anything that would be construed as denying any peoples of their human rights», A/61/PV.108, cit., p. 2.

30. Sobre la relación «genética» entre globalización y *conquista*, cfr. F. MARCELLI, *Verso una terza fase*, cit., p. 36 ss.

comunidad internacional puede declararse exento o no interesado en dicha problemática, bien sea para efectos del cada vez más estrecho enlace entre los ordenamientos y las normas determinado por la globalización, o por el alcance general de las cuestiones propuestas por los pueblos indígenas, los cuales, reclamando su libre determinación, proponen una serie de temáticas y objetivos de carácter general, concernientes a la relación de los seres humanos entre ellos y con la naturaleza.

La tarea que se perfila en este sentido, se muestra inmensa y crucial: se trata de saldar las cuentas con una censura de la historia de la humanidad, marcada por la intención de liquidar, tanto físicamente como culturalmente, una parte esencial de la misma recuperando, en tiempo actual, formas de vida, tradiciones, creencias e ideologías como contribución al porvenir de nuestro planeta.

El tema de los pueblos indígenas y de su subjetividad es, por lo tanto, de creciente interés para el derecho internacional y para los ordenamientos nacionales de los Estados. La temática en cuestión, se disciplina y estimula entre éstos innovando, de manera significativa, bien sea la organización sistemática de los ordenamientos como la de sus respectivas normas.

Debe además recordarse que la negación de la subjetividad de los pueblos indígenas ha sido, en buena medida, determinada por la prevalencia de posiciones fuertemente ideologizadas por el sello colonialista en el seno de la doctrina internacionalista, que no dejan de ejercer aún hoy en día una cierta influencia, aunque sea disfrazada con las vestiduras aparentemente científicas del positivismo. Por otra parte, los ordenamientos y doctrinas se encuentran en plena fase de transición, lo cual explica las contradicciones e incertidumbres de unos y otras.

El discurso relativo a la subjetividad, sea política o jurídica, de los movimientos indígenas se encuentra, por lo tanto, permeado por la realidad actual de la globalización y la dialéctica entre las diferentes fuerzas económicas que operan en este contexto.

Las organizaciones de los pueblos indígenas entran de lleno nuevamente entre las fuerzas sociales movilizadas por la globalización y constituyen, además, sectores de vanguardia, en virtud de su capacidad de acoplar profundos fundamentos en las comunidades locales unidas por vínculos ancestrales de naturaleza étnica, tribal, religiosa y económica y una proyección sobre el plano global.

La posición estratégica de los pueblos indígenas en la actual situación, deriva de la centralidad de dos elementos: el concepto de «Tierra» o mejor «Madre Tierra» (*Pacha Mama*) y el de «resistencia»³¹.

La *Pacha Mama* es la «mère nourricière à laquelle nous sommes étroitement liés»³². Desde la óptica indígena, la tierra no es comercial y pregonan al respecto un derecho que es individual y colectivo al mismo tiempo³³. Derechos económicos, sociales y culturales por una parte, y derechos civiles y políticos por la otra, sin hablar de los derechos al medio ambiente³⁴, se funden en una nueva tesis a la luz de ésta visión integral de la existencia³⁵.

El tema cultural, resulta fundamental para caracterizar a los pueblos indígenas, precisamente por el aspecto cultural³⁶. Se ha señalado que éstos poseen una cultura propia diferente de aquella dominante en varios Estados, en los cuales existen también una lengua propia, tradiciones, leyes y usos propios³⁷. Adoptando esta clave para la lectura, la identidad indígena puede ser leída como identidad basada en la contraposición a la globalización capitalista y abierta a la interacción

31. V. TCHÉRÉMISSINOFF, «Quelques fondements historiques pour une réflexion sur le droit des nations autochtones des Amériques», en *Amérindiens*, «De l'oubli à l'avenir», en *Nord Sud XXI*, Genève, 1996, p. 1.

32. *Ibidem*.

33. «Quand l'Indien parle de sa terre, il parle d'une terre qui appartient à la fois à l'ensemble d'un peuple et aussi profondément à chacun des individus qui le composent », *ibidem*. p. 2. El derecho a la tierra y la lucha contra el latifundio y otros usos monopolizadores, están relacionados también con numerosos sectores sociales, especialmente en América Latina. Cfr. S. R. MARTINI VIAL, C. LAZZAROTTO FORTES, *O direito à terra como terra do direito*, Porto Alegre, Evangraf, 2005.

34. «Leurs cultures s'étaient construites dans un rapport parfait avec leur environnement. Que l'on parle de l'Homme Maïs, des chasseurs nomades des Grandes Plaines ou des pêcheurs de saumon du Nord, tous avaient élaboré des systèmes profondément en harmonie avec un environnement qui ne leur inspirait que la grandeur et le respect», V. TCHÉRÉMISSINOFF, *Quelques fondements historiques*, cit., loc. cit.

35. Por decirlo de una manera poética, con A. PÉREZ ESQUIVEL, «la pachamama recibe la semilla de trigo y la adornece en su amor para que nazca la flor de la libertad », «La semilla de la esperanza», en LEGA INTERNAZIONALE PER I DIRITTI E LA LIBERAZIONE DEI POPOLI, *I popoli indigeni. Antologia di testi*, Roma, s.d.

36. Es necesario aclarar al respecto, el rechazo, por carecer de fundamento científico y ser políticamente pernicioso, de toda connotación en términos esencialistas respecto a la cuestión fundamental de la identidad cultural. Compartimos plenamente, en ese sentido, la afirmación según la cual «palabras, conceptos y categorías como raza, etnia, cultura y nación, no tienen nada que ver con la naturaleza o la esencia de las cosas; son estos artefactos, construcciones sociales, productos históricos y, como tal, mutables, arbitrarios, convencionales. Son abstracciones conceptuales, categorizaciones sociales, creencias colectivas que, por supuesto, tienen la capacidad de actuar sobre la sociedad y pueden ser manipuladas y usadas como potentes armas ideológicas », R. GALLISSOT, A. RIVERA, *L'imbroglione etnico*, Bari, Dedalo, 1997, p. 5.

37. C. M. BRÖLMANN, M. Y. A. ZIECK, *Indigenous Peoples*, cit., p. 188.

con otras identidades igualmente perjudicadas por esta globalización, en una común perspectiva de resistencia y, al mismo tiempo, de resarcimiento por los daños cometidos y de transformación social y cultural en la perspectiva de una valorización de los contenidos tradicionales.

Se trata de una *cosmovisión (Weltanschauung)*, que difiere radicalmente de aquella del capitalismo moderno, basado en la explotación de los seres humanos y de los recursos naturales, para obtener un beneficio monetario. Es en este sentido, que la cultura ancestral constituye un factor fundamental de la identidad indígena³⁸.

Al respecto, un primer elemento para destacar, está constituido por la capacidad de dicha cultura para resistir la tentativa de aniquilación, integración subalterna y marginación, padecidos bajo del sistema dominante. La cultura indígena es, por lo tanto, un factor fundamental de la resistencia y por ella, asume un valor fundamental la tierra, dentro el significado referido. También en otros sentidos, encontramos que la cultura indígena no permanece inmóvil sino que se renueva y enriquece con los contenidos derivados del actual contexto de globalización y de los desafíos que esta impone³⁹.

Uno de los elementos más importantes e interesantes de la cultura e identidad indígena está constituido por la existencia de sistemas jurídicos propios. Se trata de verdaderos y propios ordenamientos, junto a normas dotadas del requisito de efectividad, esto es, con la observancia constante de las mismas, por parte de los miembros de los pueblos indígenas. Es necesario destacar cómo dicha efectividad se ha mantenido en el transcurso de los siglos, teniendo en cuenta que durante ese tiempo, los pueblos indígenas fueron sometidos a los sistemas jurídicos impuestos por los invasores, a pesar de lo cual sus sistemas presentan relevantes elementos diferenciales respecto de aquellos impuestos.

38. Para caracterizar la cultura indígena, resulta útil traer la cita del jefe *Suqamish* Sea'lth: «The red man has always retreated before the advancing white man, as the mist of the mountain runs before the morning sun. But the ashes of our fathers are sacred. Their graves are holy ground, and so these hills, these trees, this portion of the earth is consecrated to us. We know that the white man does not understand our ways. One portion of the land is the same as the next, for he is a stranger who comes in the night and takes from the land whatever he needs. The earth is not his brother, but his enemy, and when he has conquered it, he moves on. He leaves his fathers' grave behind and he does not care. He kidnaps the earth from his children. He does not care. His father's grave and his children's birthright are forgotten. He treats his mother, the earth, and his brother, the sky, as things to be bought, plundered, sold like sheep or bright beads». Citado en la apertura de G. T. MORRIS, «In Support of Self-Determination for Indigenous Peoples under International Law», en *German Yearbook of International Law*, 1986, p. 277.

39. Al respecto, resulta fundamental la educación propia. Cfr. AA. VV., *Educación Superior Indígena en Colombia*, Cali, UNESCO-ASCUN – CRIC – ONIC, 2005.

Nos limitaremos aquí a señalar algunos aspectos de estos ordenamientos que son particularmente estimulantes. En primer lugar, existe una convergencia entre elemento jurídico y elementos de otra naturaleza, en particular científica o mágico-religiosa. En segundo lugar, el individuo es tomado en consideración en cuanto miembro de la comunidad o colectividad. En tercer lugar, no se admite la posibilidad de comerciar la tierra. Es por lo tanto central, al interior de los sistemas jurídicos indígenas, la comunidad o colectividad; tan cierto es esto, que la sanción más grave consiste en apartar de esta al individuo. Además, la relación entre sus miembros pasa por las diferentes generaciones.

Todos estos elementos están fuertemente conectados entre ellos. La tierra es importante también porque fue aquella de los antepasados y alberga sus restos mortales. En este sentido, los sepulcros son importantes lugares sagrados. Pero la tierra es importante también porque por medio de su cultivo y el uso racional de los recursos que en ella se encuentran, ésta asegurada la supervivencia de la comunidad. Esta última existe en armonía con sus elementos constituyentes, y mantenerla es la finalidad última de su ordenamiento jurídico, que se logra también por medio de rituales llamados de armonización. El gobierno de la comunidad está garantizado por la Asamblea, la cual elige sus propios representantes. Se trata de un modelo participativo sólidamente anclado a las tradiciones e igualmente abierto a la innovación, que presenta la combinación de elementos de democracia directa y de democracia participativa⁴⁰.

Muy interesante se revela, a manera de ejemplo, la perspectiva adoptada por los pueblos indígenas de Colombia. Ha sido central la adopción de la categoría de la *Ley de Origen*, definida también como «ciencia tradicional de la sabiduría y del conocimiento ancestral indígena para el manejo de todo lo material y lo espiritual»⁴¹. Es oportuno subrayar su doble carácter de ciencia y ley, cuyo fin es el de garantizar el equilibrio y la armonía de la naturaleza, el orden y la permanencia de la vida, del universo y de los mismos pueblos indígenas, que se autodefinen como «guardianes de la naturaleza»⁴². Con el fin de cumplir con esta función, entra a regular las

40. Otro elemento importante lo constituye la promoción del protagonismo y del rol de las mujeres. Sobre el feminismo indígena véase por ejemplo el XI Encuentro Feminista de América Latina y el Caribe (www.kaosenlared.net/noticia/feminismo-indigena-abre-paso). Véase también ONIC, *Mujeres indígenas, sabias y resistentes, voces y vivencias*, Bogotá, 2008.

41. ONIC, *Derechos de los Pueblos Indígenas y sistemas de jurisdicción propia*, Bogotá, 2007, p. 15.

42. *Ibídem*.

relaciones entre los seres vivos, «desde las piedras hasta el ser humano»⁴³, bajo la perspectiva de la unidad y de la convivencia en el territorio ancestral, dado como «legado desde la creación del mundo»⁴⁴.

Los pueblos indígenas colombianos distinguen entre *derecho mayor*, entendido como el conjunto de los derechos fundamentales e irrenunciables que corresponden a los miembros de las diversas comunidades de origen y *derecho propio* de cada comunidad, el cual está constituido por las formas de existencia y resistencia de cada pueblo, que parte desde las manifestaciones culturales y de la relación con la naturaleza y con el medio ambiente, los cuales constituyen un elemento fundamental de la cosmovisión propia y de las medidas adoptadas por las diferentes formas de autoridad; El primero corresponde a una clase de derecho común a varios pueblos, mientras que el segundo vale para cada uno de ellos.

Lejos de querer afirmar de manera exclusiva o fundamentalista su propia diversidad, los pueblos indígenas proponen su autonomía como elemento de un ordenamiento pluralista como tributo a la dialéctica entre las variadas y múltiples visiones del mundo⁴⁵.

2. Noción jurídica y realidad histórica

Es necesario ahora, acercarse al problema de la definición jurídica de los pueblos indígenas. Frente a la ausencia de una clara y comúnmente aceptada noción de «pueblos» en el derecho internacional, conviene construir autónomamente aquella de «pueblos indígenas». Primero debe verificarse si esta puede ser trasladada a alguna otra categoría de carácter más general. Se pone en consideración aquella de «minoría».

Según la definición elaborada por Francesco Capotorti, una minoría es «a Group which is numerically inferior to the rest of the population of a State and in a non-dominant position, whose members possess ethnic, religious or linguistic

43. Sobre el concepto de naturaleza como organismo viviente cfr. V. DI CAGNO, *La protección del medio ambiente en Cuba*, La Habana, Editorial de ciencias sociales, 2005, p. 27. Véase también «Die Weltseele und der Pils», en R. SHELDRAKE, T. NCKENNA, R. ABRAHAM, *Denken am Rande des Undenkbaren*, 1991, Bern und München, Scherz Verlag, 1991, p. 127 ss.

44. ONIC, *Derechos de los Pueblos Indígenas y sistemas de jurisdicción propia*, cit., p. 15.

45. «Hablar del derecho propio, en medio de la diversidad étnica y cultural del país, es simplemente proponer una coyuntura reflexiva, de diálogo y acercamiento entre las múltiples visiones del mundo con el propósito de fortalecer y afincar la autonomía de los Pueblos Indígenas, dada desde el mandato de la Ley de Origen», *ibidem*, p. 17.

characteristics which differ from those of the rest of the population and who, if only implicitly, maintain a sense of solidarity, directed towards preserving their culture, traditions or language»⁴⁶.

Tal definición pareciera acomodarse a los pueblos indígenas en casi todas las situaciones en las cuales estos no conforman la mayoría de la población y/o un grupo en posición dominante. Aplicando el primero de los dos criterios antes mencionados, dada la manifiesta irrelevancia del segundo, quedarían por fuera los grupos residentes en Estados como Bolivia y Guatemala, y tal vez incluso Perú y Ecuador, sin mencionar territorios como Groenlandia⁴⁷.

Por otra parte, no tendría sentido fragmentar la figura jurídica de los pueblos indígenas por el hecho de que estos sean o no una mayoría en el interior de cada Estado⁴⁸. El hecho de no considerar a los pueblos indígenas como minorías, tiene también consecuencias prácticas de cierta importancia, como la imposibilidad de invocar el artículo 27 del Pacto sobre Derechos Civiles y Políticos⁴⁹.

Debe decirse además, que dicho mecanismo prevé una protección de los derechos del individuo y no de la comunidad como tal que, por el contrario y como ya se ha dicho, resulta absolutamente central en el sistema social y cultural de los pueblos indígenas. Esto induce a dudar fuertemente de lo adecuado de la categoría y de su funcionalidad respecto a las particulares exigencias de los pueblos indígenas.

46. *Study on the Rights of Persons Belonging to Ethnic, Religious and Linguistic Minorities*, New York, United Nations, 1979, E/CN4/Sub2/384/Rev/1, p. 96. Pero sobre las perplejidades, del mismo Capotorti y de otros, de acuerdo con la posibilidad de una definición cfr. G. WELHENGAMA, *Minorities' Claims: From Autonomy to Secession*, Aldershot-Burlington USA – Singapore – Sidney, Ashgate, 2000, p. 46.

47. Son en total, aproximadamente 50.000 sobre 56.000 los habitantes de Groenlandia que hablan la lengua indígena *inuit*. Col *referéndum* del 25 de noviembre de 2008, el 75,5% de los groenlandeses se pronunció a favor de una ampliación de la autonomía y el 21 de junio de 2009 entró en vigor el nuevo Estatuto.

48. *Contra* M. SCHEININ, *Indigenous peoples' rights under the International Covenant on Civil and Political Rights*, cit., p. 4, según el cual los pueblos indígenas constituyen, en general, minorías y que se encuentran contempladas por el Art. 27 del Pacto Internacional sobre Derechos Civiles y Políticos, mientras que algunos de ellos tienen derechos a la libre determinación, del cual habla el Art. 1 del mismo Pacto.

49. C. M. BRÖLMANN, M. Y. A. ZIECK, *Indigenous Peoples*, cit., p. 190. Recordemos que el texto de esta disposición es el siguiente: « In those States in which ethnic, religious or linguistic minorities exist, persons belonging to such minorities shall not be denied the right, in community with the other members of their group, to enjoy their own culture, to profess and practise their own religion, or to use their own language».

Desde el punto de vista de los pueblos indígenas, está intuitivamente claro que estos prefieran la denominación de pueblos⁵⁰. Es necesario además tener en cuenta que la necesidad de distinguir cuidadosamente entre pueblos indígenas por una parte, y minorías de orden étnico, religioso o lingüístico, por otra, está bien arraigada en la práctica de las Naciones Unidas⁵¹.

En efecto, desde la adopción del Convenio No. 169 de la OIT, la Comunidad Internacional definió expresamente a los pueblos indígenas como tales.

El artículo 1 de dicho Convenio, en su numeral 1, da dos criterios alternativos para su identificación. El primero tiene que ver con los pueblos llamados «tribales» y requiere que las condiciones sociales, culturales y económicas de dichos pueblos sean diferentes de los otros sectores de las respectivas comunidades nacionales a las que pertenecen y que su *status* esté regulado en todo o parte por costumbres y tradiciones propias o por leyes y reglamentaciones especiales⁵². El segundo, define a los pueblos indígenas a partir del hecho que los miembros de dichos pueblo desciendan de las poblaciones que habitaban el país o una parte de este durante el tiempo de la conquista o la colonización o la definición de sus actuales

50. Iluminadas son, al respecto, las palabras de un jefe *Onondaga*, que se muestran también como un importante testimonio del valor de los nombres, así como una significativa defensa de la diversidad cultural: «We are the original people on this land. We are the land keepers. We are not a minority within our own nations, within our own lands. One must understand that terminology is very important. How you address yourself is very important to them. If you try and change their terminology, you will find out how important it is. So we must speak of ourselves as people. If you fall into the category of 'tribes' and 'bands', a gaggle of geese, a herd, a group...you are more than that. It's important not to call Indians 'bands'. You try to change their terminology; they will not accept it because it is that important. That terminology is just as important to you. So you should first of all represent yourself as you are. Nations are not according to size, nations are according to culture. If there are twenty people left who are still representing their nation, in the eyes of our people, they are a nation. Who are we to say less?», Committee on Native American Struggles, *Rethinking Indian Law*, New York, 1982, IV, cit. de G. T. MORRIS, *In support*, cit., p. 279 s.

51. Véase al respecto las consideraciones del Relator sobre los tratados, acuerdos y otros *constructive agreements* llevados a cabo entre los Estados y las poblaciones indígenas, en United Nations, Economic and Social Council, Commission on Human Rights, Sub-Commission on Prevention of Discrimination and Protection of Minorities, Fifty-first session, Item 7 of the provisional agenda, Human Rights of Indigenous Peoples, *Study on treaties, agreements and other constructive arrangements between States and indigenous populations. Final report by Miguel Alfonso Martínez, Special Rapporteur* cit., sobretudo el punto 68. Véase también G. WELHENGAMA, *Minorities*, cit., p. 134, y otros autores aquí citados.

52. «1. This Convention applies to:
(a) Tribal peoples in independent countries whose social, cultural and economic conditions distinguish them from other sections of the national community, and whose status is regulated wholly or partially by their own customs or traditions or by special laws or regulations;

fronteras o que sirvan en parte o en todo a sus propias instituciones sociales, económicas, culturales y políticas⁵³. Agrega que la autoidentificación como indígenas o pueblos tribales, será considerada como un criterio fundamental para determinar a los miembros de los grupos mencionados⁵⁴. Además, el numeral 3, precisa que del uso del término «pueblos» no podrán deducirse las consecuencias que normalmente se derivan del uso del mismo término en derecho internacional⁵⁵.

El Convenio no precisa qué debe entenderse por «pueblos tribales», limitándose a afirmar que debe tratarse de pueblos cuyas condiciones de existencia son distintas a aquellas de los otros miembros de la comunidad nacional y cuyo *status* esté disciplinado en todo o en parte por sus costumbres o tradiciones o por leyes y reglamentos especiales, elementos que podrían referirse también a otras categorías de la población de un Estado determinado.

El elemento que «separa» las instituciones referidas es común tanto a los pueblos «tribales» como a aquellos «indígenas», mientras los segundos son nuevamente calificados por la presencia del elemento de la descendencia de las poblaciones que padecieron la conquista o la colonización. Se podría por lo tanto deducir, a *contrario*, que los pueblos tribales no deben descender necesariamente de dichas poblaciones y que se trata de comunidades que quedaron separadas por cuanto nunca volvieron a entrar en la esfera del dominio directo de las potencias coloniales con las cuales tuvieron contactos escasos o inexistentes.

Otro elemento que comparten los pueblos «tribales» y los pueblos «indígenas» es que los dos deben residir en un país independiente. Esta última precisión pareciera confirmar la naturaleza de la «segunda fase» del proceso de descolonización asumida por la emancipación de los pueblos indígenas. No es porque las temáticas concernientes a los pueblos indígenas y la necesidad de garantizar los derechos no puedan ubicarse también en contextos de colonización,

53. «(b) Peoples in independent countries who are regarded as indigenous on account of their descent from the populations which inhabited the country, or a geographical region to which the country belongs, at the time of conquest or colonisation or the establishment of present State boundaries and who, irrespective of their legal status, retain some or all of their own social, economic, cultural and political institutions».

54. «2. Self-identification as indigenous or tribal shall be regarded as a fundamental criterion for determining the groups to which the provisions of this Convention apply». El criterio de autoidentificación es considerado fundamental también por el Art. I de la Declaración Americana en proceso de elaboración.

55. «3. The use of the term «peoples» in this Convention shall not be construed as having any implications as regards the rights which may attach to the term under international law».

sino porque en dichos contextos las correspondientes problemáticas asumen características objetivamente diferentes concordando, en su conjunto, en el carácter de importancia de la emancipación del territorio del dominio colonial.

Por su parte, la Declaración sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas de septiembre de 2007, no suministra ninguna definición de pueblos indígenas, y por lo tanto se tiende a considerar que tenga acogida implícita la definición formulada por el Convenio No. 169⁵⁶, sin embargo, se limita a delegar a dichos pueblos la potestad de identificar a sus propios miembros. Es así como el artículo 33 de la Declaración, afirma que «[los] pueblos indígenas tienen derecho a definir su propia identidad o pertenencia de conformidad con sus propias costumbres y tradiciones». La segunda parte de esta disposición, confirma lo ordenado por el artículo 6, al afirmar que los indígenas poseen además el derecho de que se les otorgue la ciudadanía del Estado al cual pertenecen.

Al respecto, se perfila un modelo de *multilevel-citizenship* que se muestra especialmente idóneo para permitir la coexistencia de diversas identidades complementarias, figura característica de los procesos que entrelazan ordenamientos, estimulados por la realidad de la globalización. Esto se muestra coherente con la reserva formulada en el literal 3 del artículo 1 del Convenio N° 169 de la OIT, el cual, al precisar que el uso del término pueblo referido a los indígenas, no implica las consecuencias que normalmente se derivan del derecho internacional; por lo tanto, no conlleva el derecho de obtener un Estado independiente, admitiendo que esta consecuencia estuviera conectada, por el derecho internacional, a la existencia de un pueblo⁵⁷.

Esto no obsta para que de las atribuciones del *status* de pertenencia a un pueblo indígena se deriven consecuencias importantes y en particular la titularidad de los diferentes derechos enunciados, antes del Convenio No. 169 y hoy de la Declaración, así como de todos los otros actos internacionales existentes en la materia.

Entonces, ¿cómo identificar a los pueblos indígenas? Remontándonos al significado común del atributo, este expresa sustancialmente una relación de

56. En este sentido, el representante indígena, Malhotra, in United Nations, A/61/PV.108, cit., p. 1 s.

57. Más que una construcción jurídica propiamente dicha, una visión así parece ser el resultado de la transferencia, en el plano normativo, del discutible principio de nacionalidad según el cual, a cada pueblo o etnia debería corresponderle su propio Estado.

pertenencia inmemorial, o de todas maneras «precedente» con el territorio. Se trata, por lo tanto, de pueblos que «ya vivían» en un determinado lugar. Éstos pertenecían a un territorio *antes* que este último fuese ocupado por las potencias occidentales e introducido en el circuito de la globalización. En efecto, dichos pueblos no pueden ser definidos sino a partir del hecho histórico de la conquista. La misma circunstancia de la diferencia de condiciones o bien de la presencia de instituciones y normas separadas, va, viéndose bien, remontada a dicho elemento histórico determinante.

El mantener una condición distinta y una existencia separada constituyen, de hecho, el resultado por una parte, de una situación de opresión y de marginación y, por la otra de una posición de resistencia subjetiva que ha permitido a aquellos de los pueblos en cuestión que sobrevivieron a estos acontecimientos históricos, evitar los dos riesgos complementarios: el de la total asimilación y el de la completa extinción.

No es fuera de lugar, en dicho contexto, y la definición citada lo dice puntualmente, hacer énfasis sobre el elemento de la separación jurídica, esto es de un ordenamiento jurídico que ha superado, manteniendo un cierto grado de efectividad no obstante las condiciones prohibitivas impuestas por la conquista, la prueba de la historia, constituyendo a su vez el elemento fundamental de la resistencia y por lo tanto de la supervivencia de dichos pueblos.

En este sentido fue correctamente descrito por la doctrina cómo estos pueblos son los «living descendants of preinvasion inhabitants of lands now dominated by others»⁵⁸. Análogamente el Reporte de las Naciones Unidas sobre la discriminación de los indígenas pone en evidencia su «historical continuity with pre-invasion and pre-colonial societies that developed on their territories»⁵⁹. Precisamente en virtud de dicha continuidad, estos pueblos se encuentran hoy en condición de subordinación, pero al mismo tiempo con la determinación de preservar, desarrollar y transmitir a las futuras generaciones sus propios territorios ancestrales y su identidad étnica⁶⁰. Otros autores han subrayado correctamente, que se trata de los

58. S. J. ANAYA, *Indigenous Peoples in International Law*, cit., p. 3.

59. UN SUBCOMMISSION ON PREVENTION OF DISCRIMINATION AND PROTECTION OF MINORITIES, *Study of the Problem of Discrimination against Indigenous Populations*, UN Doc. E/CN. 4/Sub. 2/1986/7/Add. 4, 1986, para. 379.

60. *Ibidem*.

titulares originales del poder sobre la tierra, la cual les fue sustraída con la violencia y con pactos leoninos⁶¹.

Estos, aun partiendo de un indudable *background* cultural, social y político preexistente, se encuentran constreñidos a autodefinirse en relación con sus colonizadores y con el fenómeno de la conquista, que ha puesto en dura prueba la identidad y la existencia misma⁶². De aquí la importancia decisiva asumida por el movimiento indígena que se comenzó a desarrollar a partir de los años Sesenta, pero cuyas raíces son mucho más antiguas.

La historia de la humanidad en los últimos quinientos años, fue marcada por un ataque sistemático a los derechos y a la existencia misma de los pueblos indígenas, que ha acompañado todo el proceso de la pretendida globalización, dirigida al acaparamiento de los recursos naturales y estratégicos pertenecientes a dichos pueblos, ninguno de los cuales, ni aún en las esquinas más remotas de la selva amazónica o en las más inhóspitas llanuras árticas, puede considerarse hoy inmune a éste ataque⁶³. El otro elemento característico se da, en una perspectiva más actual, por la condición de subordinación y marginación en que los pueblos indígenas continúan viviendo en la actualidad, a pesar que las transformaciones sociales y legislativas más recientes las están, en algunos caso y en cierta medida, atenuando⁶⁴.

61. En este sentido N. PAECH, G. STUBY, *Völkerrecht und Machtpolitik*, Hamburg, VSA-Verlag, 2001, p. 698.

62. «It is a type of unjust social relationship, and not some abstraction, that creates the «indigenusness» that many now seek to protect via an international regime: Indigenusness, independently of biological and cultural continuity, frequently is the outcome of governmental policies imposed from above and from the outside. It also quite often is the product of a «construed discourse» enunciated by the emerging intellectual elites of the indigenous peoples and their sympathizer among other sectors of the population,. In any case, the discourse of «indigenusness» leads to denunciation of injustices (and crimes) committed against the indigenous peoples (genocide, plunder, servitude, discrimination) and to the formulation of specific rights that derive from the injustices suffered», R. STEVENHAGEN, «Indigenous Rights: Some Conceptual Problems», in *Indigenous Peoples' Experiences with Self-Government*, Copenhagen, IWGIA and the University of Amsterdam, 1994.

63. «Even the most isolated indigenous groups are now threatened by encroaching commercial, government, or other interests motivated by prospects of accumulating wealth from the natural resources on indigenous lands or by strategic military concerns», S. J. ANAYA, *Indigenous Peoples in International Law*, cit., p. 4.

64. S. J. ANAYA, *ibidem.*, p. 3, afirma que estos «find themselves engulfed by settlers societies born of the forces of empire and conquest», mientras el Informe de las Naciones Unidas sobre la discriminación a los daños de los pueblos indígenas pone de relieve que «[t]hey form at present non-dominant sectors of society», *Study of the Problem*, cit., para. 379.

En un plano más general, se subrayan por una parte la situación objetiva de tradiciones comunes y el sentimiento de pertenencia a la misma colectividad, con un énfasis especial en su estrechísima unión con la tierra que habitan⁶⁵, y por la otra, la voluntad subjetiva de conservar el vínculo con el pasado y todo el equipaje de creencias e instituciones comunes⁶⁶.

Proyectando sobre un plano teórico más general la cuestión de la existencia como tal de los pueblos indígenas, parecen en definitiva satisfechos los dos test que la doctrina política reproduce para establecer si nos encontramos en presencia o no de un pueblo, es decir desde el punto de vista objetivo, dado por la existencia de profundos elementos culturales comunes, obviamente partiendo del elemento estructural del lenguaje, pero abarcando también verdaderos y propios sistemas jurídicos⁶⁷, y el subjetivo, constituido desde la conciencia de formar una comunidad autónoma y desde el intento de mantener la singularidad.

Es necesario, finalmente, tener en cuenta el hecho de que la consolidación de la autoconciencia que está en la base del nacimiento de dicho concepto, está unida a la interacción que se dio entre el contexto, por un lado, y por el otro, del surgimiento de un grupo dirigente indígena articulado en las numerosas etnias pero de igual modo dotado de una identidad común que se apoya también sobre la existencia de una red política-organizativa que opera sea a nivel regional sea a nivel mundial⁶⁸. Se puede por lo tanto afirmar que, en cierta medida de manera paradójica, la llegada de los pueblos indígenas sobre el escenario internacional y la afirmación de su subjetividad, cuando menos política, a dicho nivel, constituya precisamente una consecuencia de los resultados postreros de aquel proceso de globalización,

65. «They are *indigenous* because their ancestral roots are imbedded in the lands in which they live, or would like to live, much more deeply than the roots of more powerful sectors of society living on the same lands or in close proximity», S. J. ANAYA, *Indigenous Peoples*, cit., p. 3, cursivo original.

66. El Informe sobre la discriminación afirma al respecto, que dichos pueblos «are determined to preserve, develop and transmit to future generations their ancestral territories, and their ethnic identity, as the basis of their continued existence as peoples, in accordance with their own cultural patterns, social institutions and legal systems», loc. cit.

67. «They are *peoples* to the extent they comprise distinct communities with a continuity of existence and identity that links them to the communities, tribes or nations of their ancestral past», S. J. ANAYA, *Indigenous Peoples*, cit., p. 3, cursivo original.

68. La afirmación de la subjetividad internacional de los pueblos indígenas, se ubica obviamente en el ámbito de este marco histórico extremadamente actual, especialmente teniendo en cuenta que apelar a las instancias internacionales, a partir de las Naciones Unidas, constituye cada vez más, un instrumento importante al cual estos han recurrido para obtener reconocimiento y protección.

que determinó, con su surgimiento, la casi aniquilación y de todas formas una fuerte marginación.

Aún así, se observó que el uso del término de pueblos indígenas en la práctica internacional no fue acompañado por un acuerdo general sobre su significado, ni por la individualización de posibles procedimientos que consintieran en obtener un acuerdo en tal sentido⁶⁹.

Sobre esta base Kingsbury propuso una definición la noción de tipo «constructivista», en lugar de positivista, que asuma el concepto internacionalmente reconocido de los pueblos indígenas, como concepto de gran fuerza normativa, que incorpore un proceso continuo para efectos del cual, reivindicaciones y prácticas comunes en varios casos específicos, sean asumidas en las más amplias instituciones de la sociedad internacional para después ser aplicadas nuevamente en sus contextos particulares⁷⁰. La fuerza normativa del concepto, deriva de su capacidad de dar voz a grupos sociales que, para efecto de los fenómenos históricos mencionados, llegaron a encontrarse en una situación de ausencia de poder. Viene entonces reafirmado y enfatizado el rol del derecho como instrumento dirigido a balancear y reequilibrar posiciones de poderes desiguales y asimétricos.

Los méritos de este acercamiento son, en efecto, múltiples. Es necesario, primero que todo, constatar que las situaciones concretas existentes presentan una «infinita variedad» de casos, articulados sobre una base geográfica y social, pero marcados por un dinamismo político común y por la propuesta de modelos reivindicativos y de movilización dispersos y similares, que entran en comunicación entre ellos. Otro elemento común de gran importancia está constituido por el fuerte vínculo con el territorio, que constituye un contrapeso significativo respecto a las dinámicas alienantes de la globalización. La democracia, fortaleza de la relación con la comunidad, se revitaliza en la perspectiva que los pueblos indígenas han hecho propia, como ejercicio cotidiano de un poder de elección fundamental en orden a las propias perspectivas de vida. Así, respecto a la dialéctica global/local, los pueblos indígenas se ubican en la segunda polaridad y por eso mismo refuerzan

69. B. KINGSBURY, *Indigenous peoples*, cit., p. 414. También N. PAECH, G. STUBY, *Völkerrecht und Machtpolitik in den internationalen Beziehungen*, cit., p. 698, observan como « [z]u einer einheitlichen Definition ist man auch hier noch nicht gekommen».

70. «A continuous process in which claims and practices in numerous specific cases are abstracted in the wider institutions of international society, then made specific again at the moment of application in the political, legal and social processes of particular cases and societies», *ibidem*, p. 415.

la opción institucional de ordenamientos nacionales que están condicionados desde abajo y por las realidades territoriales.

Una ulterior ventaja del enfoque «constructivista» está constituida por el hecho que una definición de tipo rígido mal se prestaría para cubrir toda la gama de posibles situaciones, que deben ser discutidas y resueltas a nivel nacional y local⁷¹. Se trata de responder a cuestiones como la identificación de los representantes idóneos, la individualización de los criterios para definir quién puede ser considerado miembro del grupo, las precisas atribuciones de los derechos al mismo, entre otras⁷².

El criterio seguido por la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas tiene también el mismo sentido, teniendo en cuenta que en conclusión, atribuye a los mismos pueblos indígenas la potestad de definir quién hace parte del grupo. Obviamente, dicho poder de «auto certificación» es ejercido por cada pueblo y por sus estructuras de gobierno de forma compatible y coordinada con las normas que, en el ámbito de cada ordenamiento nacional, regulan la existencia y los derechos de los pueblos indígenas que habitan sobre el territorio del Estado. Por otra parte, dichas normas, a su vez, deben respetar las diferentes normas aplicables del derecho internacional, incluyendo la Declaración, dentro de los límites que serán aclarados refiriéndonos a su relativa fuerza vinculante y a sus efectos. De esta manera, se establece un proceso circular, de lo general a lo particular y de nuevo a lo general, que sigue el esquema propuesto por Kingsbury y la consiguiente naturaleza «constructivista» de la definición de pueblo indígena.

Otro elemento que induce a desaconsejar la adopción de criterios rígidos en la definición de pueblos indígenas, es precisamente que las modalidades históricas concretas de desarrollo del proceso histórico de conquista en el resto del planeta por parte de las potencias europeas, han producido diversas consecuencias en los diferentes ámbitos continentales. El problema de la definición de los pueblos indígenas asume, por lo tanto, diferentes valencias, precisamente en consecuencia

71. Los Estados, tienden obviamente a resaltar su propio rol al determinar la existencia de los pueblos indígenas sobre su propio territorio. Véanse las declaraciones del representante de Turquía, Aksén, y del de Indonesia, Anshor, cuando tuvo lugar el debate sobre la Declaración sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, en A/61/PV.108, cit., p. 3 y p. 5.

72. Para algunos ejemplos de este tipo cfr. KINGSBURY, op. cit., p. 415 s.

de las diferentes características adoptadas en dicho proceso histórico en América Latina, en África⁷³, en Asia y en Oceanía⁷⁴.

En América Latina, territorio sobre el cual concentraremos nuestra atención en el desarrollo de este trabajo, se ve históricamente caracterizado por una situación particular de fuerza de las comunidades indígenas, que deriva sea de las características que ellas presentaban originariamente al momento de la *conquista*, sea de las circunstancias particulares en las cuales se dio la *conquista* y de las situaciones que sucesivamente se fueron determinando primero con los *conquistadores* y después con los Estados independientes que tomaron su lugar. Las diferencias existentes entre las varias situaciones no excluyen, por otra parte, la posibilidad de configurar el concepto de manera unitaria, más aún, refuerzan la oportunidad y la utilidad. Además, dicha exigencia de unidad, emerge con notable fuerza y nitidez en el momento actual, en el cual el fenómeno de la globalización aborda el tema indígena desde puntos de vista y con modalidades contrapuestas.

Basta citar, al respecto, por un lado la agresión dirigida por las sociedades multinacionales contra los recursos y el ambiente natural que constituye el *hábitat* de los pueblos indígenas, y, por el otro, la identificación y estructuración de retos, comités y organizaciones que tengan en común una forma orgánica y estable entre ellos, tanto a nivel regional como global. Para esto, responde a dicha exigencia el carácter global asumido por el movimiento indígena, que encontró sus primeros momentos de institucionalización significativos en el ámbito de las Naciones Unidas y en particular al interior de los organismos, de los cuales también hablaremos:

-
73. La Comisión Africana sobre Derechos Humanos y de los Pueblos, afirmó textualmente que «any African can legitimately consider him/herself as indigene to the Continent», cfr. www.iwgia.org/graphics/Synkron-Library/Documents/InternationalProcesses/DraftDeclaration/07-08-08AdvisoryOpinionENG.pdf, punto 13. Lo particular de la situación africana ha hecho que se aminore el paso para el *iter* de aprobación de la Declaración hasta la adopción, por parte de la Comisión Africana, de la opinión antes citada, la cual, de todas formas, no ha valido para disipar del todo la perplejidad de los Estados africanos, si es verdad que Nigeria, por ejemplo, se abstuvo, recordando que «the slogan «Unity in diversity» continues to be the guiding principle in the management of the more than 300 ethnic groups in Nigeria, which speak more than 300 languages», en A/61/PV.108, cit., p. 6.
74. En el mismo sentido también algunas declaraciones de los Estados durante la aprobación de la Declaración sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas: por ejemplo el representante de Myanmar, Myo, declaró que dicha Declaración prevé claramente como «the situation of indigenous peoples varies from region to region and from country to country and that the significance of national and regional particularities and various historical and cultural backgrounds should be taken into consideration» (United Nations, General Assembly, cit., A/61/PV.108, p. 2). Lo cual implica, nuevamente según Myo, que la Declaración debe ser aplicada de manera flexible, teniendo en cuenta el *background* histórico y las características nacionales de Myanmar (*ibidem*).

Grupo de Trabajo sobre las Poblaciones Indígenas y *Forum* Permanente sobre las Cuestiones Indígenas.

Lejos de limitarse a dar representatividad a sectores sociales definidos, este movimiento responde, como se ha indicado, a ciertos intereses de fondo de la comunidad internacional en la actual fase histórica. Resumiendo en una noción este estado de gravedad universal del movimiento indígena, debe hacerse referencia a la urgente necesidad de una *globalización incluyente*, que esté acompañada por la atribución de los derechos humanos fundamentales a todos, entre los cuales asumen creciente relevancia precisamente aquellos referidos a un ambiente de vida adecuado y al respeto de la diversidad cultural⁷⁵, que constituye, por otra parte una consecuencia de aquella biológica, a la cual la comunidad internacional dedica especial y creciente atención por lo menos a partir de la Cumbre de Río de Janeiro de junio de 1992 sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo, en ocasión de la cual como es sabido, se firmó una importante Convención dedicada a este último tema⁷⁶.

Volviendo a la noción jurídica de los pueblos indígenas, tenemos, resumiendo, individualizados tres elementos diferenciales fundamentales: a) identidad propia en términos de cultura, lenguaje, sistema jurídico, costumbres, etc.; b) condición de herederos de las poblaciones y civilizaciones precedentes a la conquista europea; c) la conciencia y el deseo de cada pueblo indígena, para establecer una identidad en sí mismo, incluso añadida a patrones más amplios de identidad y pertenencia, existentes en varios niveles (nacional, regional, mundial).

3. Los tratados y otros acuerdos estipulados por los pueblos indígenas con los Estados

Es necesario ahora tomar en consideración el hecho que la subyugación de los pueblos indígenas, aunque se dio con el uso de mucha violencia y gran

75. Véase la Convención adoptada por la UNESCO el 20 de octubre de 2005, de la cual cfr. B. OLMOS GIUPPONI, «Diversità culturale», en F. MARCELLI, *Diritto internazionale*, cit., p. 164 ss. Véase también F. FRANCONI y M. SCHEININ (eds.), *Cultural Human Rights*, Leiden-Boston, M. Nijhoff, 2008.

76. Cf. S. MARCHISIO, G. GARAGUSO, *Río: Vertice per la Terra*, Milano, Franco Angeli, 1993. Es necesario observar que diversidad cultural y diversidad biológica van de la mano: un aspecto no secundario de la cultura indígena que es además el de la convergencia entre cultura y ambiente, o el de la imposibilidad de concebir una cultura que no esté, de manera indisoluble, unida al ambiente, precisamente en virtud de la estrecha compenetración entre las comunidades indígenas y el territorio que estas habitan.

derramamiento de sangre, fue igualmente acompañado por la posibilidad de acudir a instrumentos jurídicos al menos aparentemente consensuales, bajo la forma de tratados y otros acuerdos llevados a cabo por los colonizadores con los representantes de dichos pueblos.

La búsqueda del consentimiento de los pueblos indígenas, bajo la perspectiva de los colonizadores, era de hecho importante, porque llegaba a constituir un título válido respecto a otros colonizadores y adversarios, y en general porque permitía que la colonización fuese más fácil y tranquila. En la negociación y concertación de tratados, futuros colonizadores y futuros colonizados llegaban a un reconocimiento mutuo, acordándose recíprocamente la condición de soberanía según el derecho internacional de la época⁷⁷.

La importancia que adquirirían los pueblos indígenas a través de los tratados estipulados por ellos con los Estados, teniendo en consideración sea aquellos concertados con las que en la época eran las potencias coloniales, sea con los Estados que aún ahora administran los territorios en los cuales viven los pueblos indígenas, había sido ya enfatizada por el estudio de Martínez Cobo sobre el problema de la discriminación contra las poblaciones indígenas.

En consecuencia, Martínez Cobo proponía que se efectuase un estudio detallado y completo de los temas abordados en dichos tratados, de su fuerza vinculante en el momento actual, del hecho que estos fuesen o no aplicados y de las consecuencias que de estos se derivan para los pueblos indígenas que son parte.

Dicha recomendación, fue recogida por la Subcomité sobre la Prevención contra la Discriminación y la Protección de las Minorías de la Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, la cual, con su Resolución 1987/17 del 2 de septiembre de 1987 encargaba al miembro cubano del Subcomité, Miguel Alfonso Martínez, de proceder a la redacción de un documento que contuviese los lineamientos generales de dicho estudio y además individuase las fuentes informativas de carácter jurídico, bibliográfico y otras sobre las cuales este tuviese que basarse⁷⁸. La Comisión de Derechos Humanos, a su vez, adoptaba la Resolución 1988/56, con la cual establecía una serie de directrices para la conducción del estudio⁷⁹.

77. *Study on treaties*, cit., p. 38.

78. *Ibidem*, p. 3.

79. *Ibidem*, p. 5.

Debe hacerse notar el hecho que, al obrar de esta manera, la Comisión ampliaba considerablemente el objeto de dicho estudio, incluyendo los tratados (*treaties*) los acuerdos (*agreements*) y otros *constructive arrangements*, existentes entre los gobiernos y los pueblos indígenas, que tuviesen por objeto la protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales de estos últimos⁸⁰. Sobre la base de dicha Resolución, el *rapporteur* presentaba un borrador del estudio, el cual era autorizado inmediatamente por la Comisión (Resolución 1989/41 de marzo de 1989) y por el Consejo Económico y Social (Resolución 1989/77 de mayo 24 de 1989) quien lo llevaba a término⁸¹.

El estudio, toma en consideración cinco categorías de situaciones jurídicas a saber: a) los tratados concertados entre Estados y pueblos indígenas; b) los acuerdos concertados entre Estados u «otras entidades» y pueblos indígenas; c) otros *constructive arrangements* logrados con la participación de los pueblos indígenas interesados; d) tratados concertados entre Estados y que contengan disposiciones referidas a los pueblos indígenas en calidad de terceros; e) situaciones que involucren a los pueblos indígenas que no sean parte u objeto de alguno de los otros instrumentos mencionados⁸². De estos, se consideran relevantes en la práctica sólo la primera, la tercera y la quinta.

La distinción entre acuerdos y tratados, que como bien se sabe no es para nada pacífica dentro del derecho internacional, donde por el contrario se tiende a no fragmentar la categoría⁸³, adquiere en el contexto en cuestión, su alcance heurístico a la luz de las peculiaridades del sujeto «pueblo indígena» en su devenir histórico. La distinción se reafirma sobre la base de tres elementos: a) características de las partes; b) circunstancias relacionadas con su celebración; c) el objetivo del tema⁸⁴. Hay que hacer una advertencia metodológica muy importante, que tiene que ver con la intención del relator de adoptar una definición amplia de tratados y acuerdos, para evitar el «quedar prisionero de la terminología» y, partiendo de un enfoque

80. *Ibidem*.

81. *Ibidem*.

82. *Ibidem*, p. 9.

83. Véase especialmente el artículo 2, numeral 1, literal a, de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, según el cual «la expresión «tratado» significa un acuerdo internacional, llevado a cabo de forma escrita, entre Estados y regido por el derecho internacional, contenido bien sea en un instrumento único o en dos o más instrumentos relacionados, *sin importar cómo se le denomine*», cursiva mía.

84. *Study on treaties*, cit., p. 10

necesariamente no euro céntrico, privilegiar una aproximación novedosa, necesaria para dar una solución efectiva a las problemáticas de los pueblos indígenas⁸⁵.

Esta acepción amplia del término, es necesaria sobre todo para tomar en consideración, de manera adecuada, el punto de vista de los pueblos indígenas que, de otra forma, se excluirían del todo si se partiese del presupuesto que estos no se constituyen como sujetos de derecho internacional y, por lo tanto, los acuerdos de los cuales son parte no tendrían ningún valor, y viceversa tratándose de acuerdos que no tienen ningún valor, éstos no puedan ser considerados sujetos de derecho internacional, con una especie de tautología o círculo vicioso del racionamiento⁸⁶.

En este ámbito discursivo, el Relator enfrenta *en passant* una de las razones que, como veremos, ha emitido con frecuencia la doctrina occidental para negar la subjetividad internacional o mejor la subjetividad *tout court* de los pueblos indígenas, y precisamente la presunta ausencia de capacidad, de estos últimos, de comprender el funcionamiento y el contenido de los acuerdos⁸⁷. Se trata de una posición evidentemente viciada, en buena parte a la par de la doctrina antes mencionada, por un enfoque de fondo de tipo racista, fundado en la profecía autorealizante de la presunta supremacía intelectual o incluso biológica de los invasores europeos sobre las poblaciones que fueron sus víctimas.

Para refutarla, Alfonso Martínez examina su operatividad, considerando primero que todo cuán extensa fuese la costumbre de proceder a la estipulación de acuerdos entre las poblaciones locales, aún antes de la llegada de los emisarios de las potencias occidentales. Dichos acuerdos, observa el Relator, podrían ser considerados como internacionales en cuanto a que fueron celebrados entre entidades soberanas, cualquiera fuese la denominación de dichas entidades. El segundo elemento que pone de relieve el Relator consiste en la falta de información necesaria, por parte de los emisarios o representantes, para generar en las

85. *Ibidem*, p. 12.

86. *Ibidem*, p. 13.

87. Véase la formulación del Relator en el punto 56: «It is worth reiterating that it would be equally erroneous to assume that indigenous peoples have no proper understanding of the nature, formalities and implications of treaties and treaty-making. Some authorities on the issue, however, attribute to them a total lack of understanding of the principles of such instruments and their «codes». Nonetheless, not only bibliographical sources but also other direct testimony gathered by the Special Rapporteur from indigenous sources provide ample proof to counter this assumption », *ibidem*.

poblaciones indígenas un consentimiento mínimamente informado. Con frecuencia, estas últimas ni siquiera eran puestas es condiciones de comprender el significado de los acuerdos, redactados en el idioma de los invasores. Se trata, desde el punto de vista jurídico, de una evidente violación del principio de buena fe en las negociaciones de los acuerdos, requerido hoy en día por los ordenamientos de todos los Estados civiles. Esto tiene como consecuencia, según constata Martínez, que la validez de los acuerdos llevados a cabo de esta manera fuese puesta en duda por cualquier tribunal digno de este nombre⁸⁸.

Una argumentación interesante utilizada para estos efectos por el Relator, tiene que ver precisamente con el tema de la no comerciabilidad de la tierra, que como ya se dijo, representa un pilar esencial de la visión del mundo de los pueblos indígenas y de su ordenamiento jurídico: el principio de que la tierra no puede constituir objeto de compraventa o de cesión bajo ningún título; es entonces impensable que los representantes indígenas estuviesen en manera alguna dispuestos a hacer semejante dádiva a los invasores⁸⁹. Sobre la base de los estudios de Charles Alexandrowicz, referentes a los acuerdos celebrados por los Estados africanos con las potencias europeas, el Relator agrega además que en materia de *treaty-making* existían una serie de principios fundamentales compartidos, por ejemplo el relativo al otorgamiento del mandato a los representantes, el de la negociación y la consecución del acuerdo, el de la necesidad de la ratificación y el valor vinculante del acuerdo una vez que este se lleva a cabo⁹⁰. En este sentido, se destaca de manera particular, el lugar central que ocupa el principio de reciprocidad como verdadero eje fundamental de las relaciones interculturales, y como elemento irrenunciable del patrimonio conceptual jurídico común de la humanidad⁹¹.

Después de haber profundizado en el desarrollo de una serie de consideraciones respecto al tema de una individualización más precisa de los pueblos indígenas, en especial distinguiéndolos de las minorías⁹², el Relator se detiene en una serie de ejemplos sobre el uso de la ley como instrumento del colonialismo, como lo son la doctrina de la *terra nullius*, los sistemas de la *encomienda*⁹³ y del

88. *Ibidem*.

89. *Ibidem*.

90. *Ibidem*, p. 14.

91. *Ibidem*.

92. Véase *supra*.

93. La *encomienda* colonial, sistema tomado de la institución europea, que consistía en encomendar ciertos territorios con alguna población indígena residente, a unos *encomenderos* para que se hiciesen cargo del aprovechamiento de los recursos y de la «cristianización» de los indígenas.

*repartimiento*⁹⁴ instituidos por la Corona Española en América Latina a partir del siglo XVI, así como los llamados *removal treaties* impuestos a los pueblos indígenas del Sud-Este estadounidense en los años Treinta del siglo XIX y en general, todas las leyes que sustraían gradualmente a los pueblos indígenas sus propios espacios autónomos vitales y jurisdiccionales⁹⁵.

Se trató, en síntesis, de lo que se denomina un proceso regresivo encaminado a privar a dichos pueblos de tres fundamentos de su originaria condición soberana, identificados en el territorio, en la capacidad de celebrar acuerdos internacionales y en sus particulares formas de autogobierno. Así se obtuvo, en el plano de los hechos, una considerable reducción del número de los miembros de los pueblos indígenas⁹⁶. La llamada *domestication* de las problemáticas relativas a los indígenas y la tendencia al genocidio⁹⁷ de estos últimos, vienen por lo tanto a conformar dos caras de la misma moneda, a lo largo de un recorrido que tiene por meta final la eliminación de los pueblos indígenas o su integración subalterna en los Estados.

Analizando entonces las tres categorías de actos por los cuales considera tener material suficiente, el Relator hace un alto primero que todo en los tratados. Una afirmación importante a este respecto es la contenida en el punto 110 del Informe, según la cual «in establishing formal legal relationship with peoples overseas, the European parties were clearly aware that they were negotiating and entering into contractual relations with sovereign, nations, with all the international legal implications of that term during the period under consideration»⁹⁸.

94. Sistema colonial de trabajo forzado impuesto a los indígenas.

95. *Ibidem*, p. 80.

96. *Ibidem*, p. 21.

97. Recordemos la formulación contenida en el Art. 2 de la Convención contra el Genocidio de 1948: «En la presente Convención, se entiende por genocidio cualquiera de los actos mencionados a continuación, perpetrados con la intención de destruir, total o parcialmente, un grupo nacional, étnico, racial o religioso, como tal: (a) matanza de miembros del grupo; (b) lesión grave a la integridad física o mental de los miembros del grupo; (c) sometimiento intencional del grupo a condiciones de existencia que hayan de acarrear su destrucción física, total o parcial; (d) medidas destinadas a impedir los nacimientos en el seno del grupo; (e) traslado por fuerza de niños del grupo a otro grupo ». Son tenidas en cuenta, además, las actividades encaminadas a destruir el patrimonio cultural de los pueblos indígenas, a las cuales el Relator sobre tratados dedica dos párrafos que es oportuno reproducir por completo: «235. Indigenous people also saw the destruction of many manifestations of their historical-cultural heritage and the desecration of their cemeteries and other sacred sites. Their archaeological treasures and even the bones of their ancestors are still exhibited today in numerous non-indigenous museums around the world, despite their efforts to recover them, the national laws passed to protect them and the protest of many international organizations. 236. Over the remains of demolished temples there stand impressive cathedrals or other manifestations of the new culture. In addition, the Special Rapporteur has received sound information on at least two attempts in recent years to build golf courses on lands of recognized religious value to indigenous peoples».

98. *Study on treaties*, cit., p. 21.

Por lo tanto, en términos de la convicción psicológica subjetiva de las partes que llevaron a cabo la celebración de los acuerdos, parece consolidado del todo el reconocimiento de igualdad en la dignidad y en la naturaleza soberana de los pueblos indígenas con los cuales éstos entraron en contacto.

A pesar de esto, observa el Relator, importantes corrientes doctrinales han desconocido el valor jurídico vinculante de los tratados, basando su posición sobre la negación de la subjetividad de los pueblos indígenas, sobre la naturaleza de los tratados en cuestión, considerados de la misma forma que actos *sui generis*, o finalmente sobre el hecho de que estos habrían sido superados por el sistema subsiguiente⁹⁹. En consecuencia, se trataría de actos de naturaleza interna y para ser sometidos al juicio de las cortes internacionales. Diferente es la posición de los pueblos indígenas, los cuales reclaman la naturaleza de igualdad de los tratados.

La función de estos últimos era de hecho la de ser tratados de paz y de amistad, destinados a la regulación de la coexistencia pacífica entre indígenas y colonizadores y no a constituir las premisas de un sometimiento de los primeros a los segundos. El análisis objetivo de los contenidos de los tratados, conduce a considerar la versión de los indígenas más adecuada a cuanto históricamente acaeció. Además, vale la pena subrayar que los pueblos indígenas consideran que la interpretación dada por la doctrina occidental dominante, constituye una violación de su derecho a la libre determinación y de los otros derechos a ellos atribuidos.

En cuanto a la práctica subsiguiente, es necesario más bien interrogarse sobre la legitimidad y validez de los actos llevados a cabo por los Estados que se negaban de acatar lo establecido por los tratados, los revocaban unilateralmente o no procedían a su ratificación, ante lo cual vemos que no se registran grandes variaciones de su contenido en el tiempo, dado que las materias tratadas por estos, son más o menos siempre las mismas, esto es: paz y guerra, comercio, protección de los respectivos *ressortissants* y otras¹⁰⁰. Otro elemento importante, está constituido por el hecho que problemáticas análogas, en términos de falta de respeto o violaciones de los tratados, se repitieron nuevamente en tiempos recientes¹⁰¹.

99. *Ibidem*, p. 22.

100. *Ibidem*, p. 23.

101. *Ibidem*, p. 24.

Los acuerdos que hacen parte de la categoría de los *other constructive arrangements* entran, en cambio, en el ámbito de los ordenamientos internos. Se trata de regímenes de autonomía establecidos o negociados en particular por Estados como Dinamarca (*Home Rule* groenlandesa de 1989, hoy superada por la nueva fórmula sometida a *referéndum* el 25 de noviembre de 2008), Panamá, Nicaragua, Guatemala y sobre todo Canadá. El hecho que dichos acuerdos «are intended, di per se, to be dealt with exclusively within the municipal setting», no exime, según el Relator, de abordar el problema de su aplicación¹⁰².

Él examina la categoría de las situaciones en las cuales no es posible encontrar la existencia de algún instrumento legal bilateral dirigido a regular las relaciones entre los pueblos indígenas y los Estados. Parece de por sí significativo que de la lista inicialmente presentada, que comprendía varios pueblos, son precisamente los *Aborígenes y Habitantes de las islas* en Australia, los *Gitksan* y los *Wet'suwet'en* en British Columbia canadiense, los *Yanomami* brasileros, los indígenas de Hawaii, los *Mapuches* argentinos y chilenos, los *Maya* guatemaltecos, los *Lubicon Cree* de Alberta canadiense, los *San* de Botswana, los *Ainu* japoneses, el pueblo de las *rancherías* californianas y los *Kuna* panameños, fueron eliminados varios de estos.

Haciendo un análisis más detallado, es necesario determinar la existencia de verdaderos tratados, como por ejemplo en el caso de los *Mapuches*, o de *constructive arrangements*, como en el de los *Kuna* y de los pueblos canadienses. Es más complejo el caso de los indígenas de Australia, que reivindican un tratado, llamado *Makarrata*, cuya validez es aún ahora objeto de controversia con el Gobierno, pero que de todas formas han visto un progresivo reconocimiento de sus derechos en el contexto del proceso político lanzado en 1991 con el *Council for Aboriginal Reconciliation Act*, seguido de la importante pronunciación jurisdiccional del caso *Mabo 2*¹⁰³. En el caso de los pueblos de las *rancherías* nos encontramos frente a un rechazo, por parte del Gobierno estadounidense, de ratificar un tratado ya estipulado, mientras en el de Hawaii es necesario tomar en consideración el hecho que *El Apology Bill*, aprobado en 1993 por el Congreso de los Estados Unidos, reconoció explícitamente la ilegitimidad del derrocamiento de la monarquía

102. *Ibidem*, p. 27.

103. Véase *infra*.

hawaiana en 1898, ilegitimidad que atropella la validez del tratado adhesión de 1897¹⁰⁴.

Hechas estas aclaraciones, la lista de los pueblos indígenas excluidos de todo tipo de relaciones jurídicas consensuales con los Estados se reduce entonces a *Yanomami, Maya, San y Ainu*. Se trata de situaciones diferentes entre ellos, cada una de las cuales presenta sus propias particularidades, pero que están unidos por la gravedad de la ausencia de una disciplina jurídica de los derechos fundamentales respecto a los pueblos indígenas mencionados.

En conclusión, el Relator subraya primero que todo el tema del reconocimiento del derecho de los pueblos indígenas a sus propias tierras y recursos. Se trata, según Martínez, de un problema fundamental que debe tomarse en consideración con el fin de establecer una relación más sólida, equitativa y duradera entre los sectores indígenas y no-indígenas en las sociedades multiculturales. De hecho, dada su relación especial, espiritual y material con sus tierras, pocos o ningún progreso podrá hacerse en esta dirección si no se resuelve, de manera aceptable para los pueblos indígenas, el problema de su posesión ininterrumpida de este recurso único, que resulta vital para sus vidas y supervivencia¹⁰⁵. Para tal fin, resulta esencial la presencia de una voluntad política adecuada por parte de las clases dirigentes de los Estados en los cuales viven los pueblos indígenas, mientras se muestra insuficiente un acercamiento jurídico *stricto sensu*, encontramos también considerables problemas de tipo ético, por lo cual se hace necesaria una reparación de los errores padecidos por dichos pueblos, acordada sobre la base de la equidad y de la justicia histórica.

En dicho contexto, se ubica también el tema del derecho a la libre determinación, el cual, como lo recuerda el Relator, se le reconoce a todos los pueblos, y por lo tanto también a aquellos indígenas, bien sea por el artículo 1 de la Carta de las Naciones Unidas como por el artículo 1 común a los Pactos sobre los Derechos Humanos¹⁰⁶, y específicamente a los pueblos indígenas por el artículo 3 de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas,

104. El Relator recomienda que las Islas Hawaii sean incluidas en la lista de los *non-self-governing territories* y que el correspondiente caso sea sometido a los organismos de las Naciones Unidas que sean competentes en el tema de descolonización. De todas formas, buena parte de las disculpas del Congreso quedaron sobre el papel, véase al respecto las observaciones de S. J. ANAYA, *Indigenous peoples*, cit., p. 152.

105. *Study on treaties*, cit., p. 49 s.

106. Sobre tales disposiciones véase *infra*.

que actualmente cursa como proyecto. Además, el Relator evidencia la posibilidad de contradicciones entre la aplicación de este principio a los pueblos indígenas y aquellos de la soberanía y la integridad territorial de los Estados, y agrega que dichas contradicciones serán resueltas por medios pacíficos, esto es negociados, y mecanismos de resolución de conflictos, preferiblemente en el ámbito de las jurisdicciones internas, pero siempre con la participación efectiva de los pueblos indígenas¹⁰⁷.

En cuanto a la importancia de los tratados y otros instrumentos consensuales individualizados, estos pueden constituir instrumentos esenciales para garantizar a los indígenas no solo los derechos y las libertades generalmente reconocidas a los ciudadanos de los Estados en los cuales residen, sino también en cuanto a los derechos ancestrales inalienables, sobre todo a la tierra.

El Relator no considera que haya una base jurídica sólida que permita sostener que los pueblos indígenas que estipularon tratados con los colonos europeos y/ o con sus sucesores, hayan perdido su *status* jurídico internacional de pueblos/naciones. La validez de dichos tratados se pone fuertemente en discusión por los pueblos indígenas en la medida en la cual contengan sus expresas renunciaciones a los atributos que les son inherentes a su condición de sujetos de derecho internacional, especialmente en lo que respecta a la jurisdicción sobre sus propias tierras y el control exclusivo de su propio poder y de sus instituciones políticas. Los argumentos jurídicos que se invocan por los pueblos indígenas para dicho fin, ponen en discusión la validez del consentimiento presuntamente dado, en cuanto a que fue obtenido mediante fraudes o inducción a error, o también basado en la falta de conocimiento de la existencia de disposiciones que apuntan a dichos fines, sobre todo teniendo en cuenta que una renuncia de este tipo entraría en una insubsanable contradicción con sus tradiciones y culturas ancestrales¹⁰⁸.

La objeción dada por los Estados respecto al hecho, es que los derechos mencionados fueron abandonados por efecto de las propias leyes y de las decisiones jurisprudenciales y, que en todo caso, estos entrarían en contraste con la realidad del mundo moderno y a su vez en contraste con el principio fundamental

107. *Study on treaties*, cit., p. 50 s.

108. «Their rejection of those provisions is based either on the existence of invalid consent obtained by fraud and/or of induced error as to the object and purpose of the compact, or on their ancestors' total lack of knowledge of the very existence of such stipulations in the compact, or on the fact that their ancestral traditions and culture simply would not allow them to relinquish such attributes (particularly those relating to lands and governance)», *ibidem*, p. 54.

según el cual nadie puede entrar en contradicción con sus propios actos. Para dicho propósito, se invoca el artículo 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, según el cual «una parte no puede invocar las disposiciones de su derecho interno para justificar la falta de ejecución de un tratado», en la medida en la cual dicha disposición pueda ser considerada codificadora de un principio consuetudinario en vigor ya desde la época de la estipulación de tratados con los pueblos indígenas.

Dichos tratados se consideran aún vigentes, reconocidos no sólo por los pueblos indígenas sino por varios estados, como por ejemplo el de Canadá y Nueva Zelanda, por efecto del principio general según el cual los tratados celebrados sin término de vencimiento, continúan teniendo fuerza hasta que las partes no decidan su derogación, como consecuencia del principio *pacta sunt servanda*, el cual constituye una piedra angular del derecho internacional.

Además de los argumentos jurídicos antes mencionados, o del reconocimiento de la validez de los tratados, o de la permanencia de las obligaciones que se derivan de los ordenamientos internos, *sub specie* de normas *ad hoc* o de pronunciamientos jurisprudenciales, el fundamento de la obligatoriedad de los tratados se encuentra, en última instancia, en la afirmación de los derechos de los pueblos indígenas a nivel internacional.

Para tal fin, debe recordarse que una disposición de la Declaración sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, el artículo 37, numeral 1, prevé expresamente que «los pueblos indígenas tienen derecho al reconocimiento, a la observancia y a la aplicación de los tratados, de los acuerdos o de otras estipulaciones con los estados y sus sucesores, y además tienen derecho a que los Estados honren y respeten dichos tratados, acuerdos y demás».

Es necesario agregar además que, mientras la jurisprudencia y las otras fuentes de carácter interno han tenido un avance bastante discontinuo y ondulado, caracterizándose por una actitud negativa respecto a la validez de los tratados en cuestión y en general de los derechos de los indígenas, el ordenamiento internacional, en las últimas décadas, ha asumido con mayor coherencia y determinación la afirmación de dichos derechos, determinando condiciones mucho más favorables a la recuperación, en cuanto sea posible hoy que nos encontramos a siglos de distancia, de la esencia normativa contenida en los tratados de ese entonces.

La derogación unilateral de los tratados, así como su violación¹⁰⁹, determinan, por lo tanto, la responsabilidad internacional de los trasgresores¹¹⁰.

El estudio emprendido por Martínez, no tiene un valor exclusivamente científico, sino que resulta más bien encaminado a apoyar y favorecer el desarrollo de nuevas relaciones entre los pueblos indígenas y los Estados, basados en el mutuo reconocimiento, la armonía y la cooperación y en evitar situaciones de conflicto¹¹¹. Al respecto, el Relator hace algunas recomendaciones finales que parten del presupuesto que el problema de fondo no está para nada constituido por la ausencia o la escasez de fuentes convencionales aplicables a las relaciones entre los Estados y los pueblos indígenas, sino a la ausencia de una adecuada voluntad política por parte de los primeros, como lo demuestran ciertas situaciones, por ejemplo la de los Estados Unidos; Estado que ha llevado a cabo alrededor de cuatrocientos tratados con los pueblos indígenas, pero que le da cumplimiento a muy pocos¹¹².

En resumen, las recomendaciones redactadas por Martínez prevén la estructuración de cuatro instituciones apropiadas para los objetivos planteados: a) un organismo consultor encargado de resolver los conflictos entre los pueblos indígenas y otros sujetos, sean estos individuos o Estados, incluyendo los conflictos relacionados con los tratados, mediante la negociación y la adopción de recomendaciones pertinentes; b) una entidad que tenga la tarea de elaborar nuevos instrumentos jurídicos bilaterales y consensuales, nueva legislación y otras propuestas para someterlas ante los órganos legislativos y administrativos competentes para crear un nuevo orden legal que se adecue más las necesidades de los pueblos indígenas; c) un organismo judicial colegiado que decida de manera vinculante los casos que no han recibido adecuada solución después de la intervención del organismo referido en el literal a; d) un sector administrativo encargado de los aspectos logísticos de la disciplina de las relaciones entre indígenas y no-indígenas.

El elemento estratégico, está constituido por la participación de los pueblos indígenas en las cuatro instituciones propuestas, preferiblemente en condiciones

109. El caso más evidente de violación de los derechos conferidos por los tratados lo constituye, según el Relator, la ocupación, por parte del Gobierno de los Estados Unidos, de las Black Hills, que habían sido atribuidas al pueblo Sioux por el Tratado de Fort Laramie en 1868. La Corte Suprema de los Estados Unidos reconoció la ilegalidad del suceso, pero se limitó a ofrecer un resarcimiento de tipo económico el cual fue rechazado por los *Sioux*, *ibidem*, p. 57.

110. *Ibidem*.

111. *Ibidem*, p. 62.

112. *Ibidem*, p. 62 s.

de igualdad con los no-indígenas¹¹³. Lo que vale la pena subrayar, más allá de los detalles técnicos de las instituciones configuradas, apenas en estado de borrador, es la adopción de un acercamiento fuertemente consensual en las relaciones entre pueblos indígenas y estados, que reproduzca y continúe con el que perseguían los tratados estipulados en su momento, retomando en lo posible sus contenidos para incluirlos hoy en el ámbito de los ordenamientos nacionales existentes.

El hecho que el ámbito de aplicación de los tratados sea hoy en día prevalentemente el doméstico, no exime que se contemple un mecanismo internacional para la solución de controversias entre pueblos indígenas y Estados. Dicho mecanismo se hará cada vez más indispensable en cuanto los internos sean menos adecuados o funcionen peor.

En este sentido, es importante que los tratados y los otros instrumentos sean interpretados de la manera más favorable a los pueblos indígenas, que sean aplicados de buena fe, que sean tomados como punto de referencia legal por ejemplo mediante ratificaciones, que se busque el consentimiento libre e informado de los pueblos indígenas a los acuerdos entre Estados que los ven como terceros. El Relator recomienda, de manera especial, que los Estados no emprendan o continúen proyectos que perjudiquen ambientalmente las tierras indígenas y/o las actividades económicas tradicionales, las ceremonias religiosas o el patrimonio cultural, sin tener dispuestos previamente apropiados estudios encaminados a verificar el impacto ambiental. Finalmente, Martínez recomienda la creación de una sección de *United Nations Treaty Registry* que se dedique a los tratados que se han llevado a cabo con los pueblos indígenas, con la tarea de identificarlos, compilar los textos, registrarlos, enumerarlos y publicarlos, dando especial atención a la versión oral indígena de los tratados¹¹⁴.

Hasta aquí el Reporte. En términos más generales, se trata, por un lado, el problema de la existencia y validez de dichos tratados y por el otro, el de su naturaleza jurídica. Dichos problemas están obviamente conectados al de la determinación de la subjetividad jurídica de los pueblos indígenas. Hay también otra cuestión y es que, aun admitiendo que, en su época, se tratase de verdaderos acuerdos internacionales, llevados a cabo entre entidades soberanas provistas de independencia y de los requisitos clásicos del control territorial, de la población y de ordenamiento/gobierno propio, ¿qué sucedió después?

113. *Ibidem*, p. 64 s.

114. *Ibidem*, p. 65 ss.

Podría sostenerse, desde una visión fuertemente positivista del derecho internacional, que los tratados estipulados en su momento por los pueblos indígenas con los colonizadores, no puedan hoy ser reconducidos a la categoría de los acuerdos internacionales, puesto que faltó el requisito de independencia de dichos pueblos, que aunque en la época de su estipulación no fuera requerido, vino a perderse precisamente después de los procesos de *domesticación* a los cuales el Relator hace referencia detalladamente¹¹⁵, y que consistieron en buena parte en la sustracción, fundamentalmente violenta, de las atribuciones propias originarias de los pueblos indígenas.

En el plano histórico, esto parece difícilmente refutable. De todas formas, el tema persistente de la validez jurídica de los acuerdos llevados a cabo en su momento, se pone hoy en consideración precisamente por el carácter violento, de prevaricación y de ilegitimidad del proceso de *domesticación*, especialmente en el aspecto jurídico, que consistía en tratar de negar los derechos de los pueblos indígenas previstos en los tratados, interpretándolos para favorecer los intereses de los Estados colonizadores.

En cambio, restableciendo la validez y los contenidos de los acuerdos estipulados en su momento y dándoles, como lo recomienda el Relator, una interpretación que favorezca en cuanto sea posible a los pueblos indígenas, se cumple en buena parte con un resarcimiento normativo y sustancial más acorde con la postura generalmente asumida por la comunidad internacional respecto a los pueblos indígenas a partir de los años Sesenta. Además, si la soberanía de los estados no se interpreta como absoluta, es legítima y puede resultar incluso útil la hipótesis, como la plantea el Relator, de la creación de un mecanismo internacional de control del cumplimiento de los tratados llevados a cabo con los pueblos indígenas. De esta manera, se afirmarían más claramente la relevancia internacional de los tratados en cuestión, sustraídos del mero arbitrio de los Estados de proveer o, con más frecuencia, de no proveer a su aplicación, lo cual hasta ahora ha sido la regla general.

4. Fases de la Doctrina Jurídica Occidental relacionadas con los pueblos indígenas

Es bien sabido cómo el pensamiento jurídico occidental tuvo en cuenta a los pueblos indígenas desde los tiempos de la *Conquista* y cómo la misma filosofía

115. *Ibidem*, pp. 32-48.

de fondo del derecho internacional, estuvo fuertemente marcada por esta temática, hallando, en el encuentro con el «otro», representado por las civilizaciones desconocidas de América, motivos de inspiración y fuentes de reflexión¹¹⁶. En este sentido, se pueden distinguir diferentes etapas, marcadas por el predominio de ciertas posiciones y planteamientos de fondo. Así se identificó una primera época, caracterizada por la huella del *iusnaturalismo*, cuyos máximos exponentes son Bartolomé de las Casas y Francisco De Vitoria¹¹⁷.

El primero es conocido por su posición fuertemente crítica respecto a las injusticias de la *colonización*, en especial del sistema de la *encomienda*, que conducía a la esclavitud de los indígenas. El segundo, que puede ser considerado como uno de los fundadores del derecho internacional moderno, cuestionó en términos teóricos más amplios, el tema de que los indígenas fuesen o no seres humanos racionales, a lo cual respondió afirmativamente poniendo en evidencia, entre otras cosas, el uso por parte de éstos de «de un método en sus negociaciones» con políticas ordenadas y instituciones de diferentes clases como el matrimonio, los magistrados, gobernantes, leyes, lugares de producción y un sistema de intercambios, sin dejar de lado «una especie de religión»¹¹⁸.

Sobre esta base, De Vitoria pone en duda la validez del título de adquisición de los nuevos territorios americanos, consistente en el sello papal que repartía los nuevos dominios entre España y Portugal, que por otra vía sostenía la legitimidad de la conquista puesto que, según ellos, los Indígenas, aún siendo de alguna forma seres racionales, no alcanzaban los *standard* necesarios para autogobernarse y por lo tanto debían ser dominados por los ocupantes europeos «por su propio bien»¹¹⁹.

En efecto, más allá de la mucho o poco refinada disertación de De Vitoria, los conquistadores dieron rápida aplicación de la autorización papal, sobre cuya base el Rey Ferdinando adoptó el infame *Requerimiento*, que era leído en las poblaciones

116. Véase al respecto las consideraciones de carácter general de T. TODOROV, *La conquista dell'America. Il problema dell'altro*, Torino, Einaudi, 1984.

117. Cfr. S. J. ANAYA, *Indigenous Peoples in International Law*, cit., p. 9 ss.; G. C. MARKS, «Indigenous Peoples in International Law: The Significance of Francisco De Vitoria and Bartolomé De Las Casas», in *Australian Yearbook of International Law*, 1992, p. 13.

118. *De indis*, 1532. Véase la traducción en inglés contenida en *De indis et de jure belli relectiones*, Classic of International Law Series, 1917, p. 127, citada por S. J. ANAYA, *Indigenous Peoples*, cit., nota 17 a p. 127. Sobre Vitoria cfr. Las observaciones de L. FERRAJOLI, *La sovranità nel mondo moderno. Nascita e crisi dello stato nazionale*, Milano, Anabasi, 1995.

119. *De indis et de jure belli relectiones*, cit., p. 161.

al momento de la ocupación de las tierras, la mayoría de las veces abandonadas por sus habitantes, y que contenía la amenaza explícita para aquellos de los conquistados que no aceptasen su nuevo *status* de súbditos del Papa, representado por la Corona Española, de hacerse esclavos con sus mujeres e hijos y de que les fuera sustraído cada uno de sus bienes.

La inobservancia de los *standard* indicados, obviamente todos ellos establecidos por los invasores europeos, se traducía, según la doctrina de De Vitoria, en justas causas de guerra contra los indígenas, que no cumplieran con las obligaciones de consentir a los extranjeros el viajar por sus territorios, comerciar y convertirse al catolicismo. Por lo tanto, aún tratándose de seres humanos con derechos, los indígenas podían perderlos a causa de «su mala conducta» o por rechazar el seguir las órdenes de sus nuevos amos.

La posición de De Vitoria, evidentemente tenía en cuenta los intereses de la Corona Española, mientras Grozio, por su parte, rechazaba el descubrimiento como título de adquisición de los nuevos territorios, «for discovery applies to those things which belong to no one»¹²⁰, por «malvados» o «tontos» que pudiesen ser los indígenas, igualmente tenían derecho a estipular tratados ¹²¹.

El jurista holandés apoya su afirmación, en términos generales, en que «God...had not separated human beings, as he had the rest of living things, into different species and various divisions, but had willed them to be of one race and to be known by one name; that furthermore He had given them the same origin, the same structural organism, the ability to look each other in the face, language too, and other means of communications, in order that they all might recognize their social bond and kinship»¹²².

Finalmente, Alberico Gentili, parte de la convicción fundada en los orígenes comunes de los Europeos y de los Indios de América, para rebatir la tesis de que los segundos no eran seres humanos¹²³. Agregando, sin embargo, que por un lado se trataba de poblaciones naturalmente destinadas a la esclavitud y que por el

120. *The Law of War and Peace*, Classics of International Law, 1925, p. 550.

121. «For the right to enter treaties is so common to all men that it does not admit of a distinction arising from religion», *ibidem*, p. 397.

122. GROTIUS, *The Freedom of the Seas*, Carnegie Endowment for International Peace, 1916, p. 1 ss.

123. *De iure belli libri tres* (1598), London, 1933, lib. 1, cap. 19. Sobre el pensamiento de Alberico Gentili respecto a estos y otros temas cfr. B. KINGSBURY, *Alberico Gentili e il mondo extraeuropeo*, Milano, Giuffrè, 2001, p. 19 ss.

otro, sus presuntas prácticas de acoplamiento con bestias y el canibalismo legitimaban la guerra promovida contra ellos por los Españoles¹²⁴. Al contrario, rechazaba el argumento de los conquistadores según el cual la guerra se consideraba justa porque los Indios habían rechazado convertirse al catolicismo o acoger a los misioneros¹²⁵. Por otra parte, Gentili admitía que el rechazo del comercio justificaba la guerra, aún reconociendo que no era la única razón o la más importante¹²⁶. Finalmente, reconocía el derecho a la ocupación de tierras subutilizadas, por quien tuviese la necesidad de hacerlo para sobrevivir, aun manteniendo el respeto de la eventual soberanía de los príncipes existentes¹²⁷.

Se puede considerar que los autores citados, a excepción de Grozio, encontrasen que tal o cual aspecto «inferior» de las poblaciones indígenas ofrecían razones válidas que convertían la conquista en un acto lícito. Además, se observó cómo ciertas posiciones de la doctrina no dejaron de ejercer un impacto positivo sobre la normatividad adoptada por las potencias colonizadoras, especialmente en España. Se incluyen los tratados estipulados por dichas potencias con los pueblos indígenas a los cuales, en parte también gracias a los dictámenes de dicha doctrina, en América así como en otras partes del mundo, les valiese en cierta medida para atenuar la ferocidad de los conquistadores. Sin embargo, las limitadas aspiraciones humanitarias de la Corona Española, chocaron con la resistencia de los colonos, que instauraron *de facto* un régimen desenfrenado de opresión contra los indígenas y obtuvieron la revocatoria de las disposiciones de «garantía» más significativas. Además, la doctrina de la guerra justa reconocida, como lo indicaron todos los autores, constituyó la base jurídica más importante para la continuación y la ampliación de la ocupación.

124. «Y por esto, yo apruebo la opinión de aquellos que llaman justa la causa de los Españoles cuando hacen la guerra a los Indígenas sea por tener acoplamientos nefastos, también con las bestias, sea porque comían carne humana, habiendo despedazado hombres con este fin», *De iure belli*, cit., lib. 1, cap. 25.

125. *Ibidem*, lib. 1, cap. 12, lib. 1, cap. 25.

126. *Ibidem*, lib. 1, cap. 19.

127. Gentili observaba al respecto que «La ocupación de los espacios vacíos debe ser considerada como un derecho natural... Lo mismo se aplica también a las tierras no cultivadas que se encuentran bajo la soberanía de un príncipe y esto en virtud del derecho de esa naturaleza que no quiere que nada esté vacío. Y, de todas formas, quede firme la jurisdicción del príncipe», *ibidem*, lib. 1, cap. 17. Sobre esto, su posición no se diferenciaba mucho de aquella de otros teóricos como Locke, los cuales también hacían notar el hecho de que los indígenas no utilizaban la tierra de manera adecuada. Para una opinión diferente sobre este punto B. KINGSBURY, *Alberico Gentili*, cit., p. 25.

La fase sucesiva de la evolución de la doctrina del derecho internacional, se caracteriza por el surgimiento de aquello que Anaya define «la dicotomía entre el Estado y el individuo»¹²⁸. En efecto, se constituye en dicha época, cuyo momento inicial convencionalmente se hace coincidir con los Tratados de Westfalia de 1648, el Estado en el sentido moderno del término, que tiene entre sus principales teóricos a Hobbes y, en el plano específico de la doctrina jurídica internacionalista a Emerich De Vattel.

La influencia del primero sobre el segundo se hace evidente en la justificación que argumenta respecto a la existencia misma del Estado, término que utiliza junto con el de «sociedad civil» y el de «nación»: «The end or aim of civil society is to procure for its citizens the necessities, the comforts and the pleasures of life, and in general their happiness; to secure to each the peaceful enjoyment of his property and a sure means of obtaining justice; and finally to defend the whole body against all external violence»¹²⁹.

La *Law of Nation*, a la cual él dedicó su principal obra, se define como la rama del derecho que se ocupa de regular las relaciones existentes entre las diversas entidades soberanas y sus situaciones jurídicas subjetivas: «the science of the rights which exist between Nations or States, and of the obligations corresponding to these rights»¹³⁰. Llevando esta perspectiva a sus consecuencias extremas, obviamente desaparecen del horizonte todas las comunidades humanas que no coinciden con el Estado; algunas de las cuales después serán recuperadas como «comunidades intermedias».

La nueva construcción ideológica del Estado consolidado con el atributo de la exclusividad del dominio territorial, tiende a subordinar, entre otras, a las organizaciones de los pueblos indígenas basadas, al contrario, en un vínculo comunitario de origen familiar y tribal y dotadas de una organización política descentralizada y con esferas de control espacial superpuestas¹³¹.

En virtud de dicha doctrina, los pueblos indígenas quedarán anulados también desde el punto de vista formal después de haber ya padecido la destrucción física; por lo tanto, la construcción del derecho internacional y del Estado en el

128. *Indigenous Peoples*, cit., p. 13.

129. E. DE VATTEL, *The Law of Nations, or the Principles of Natural Law*, Classic of International Law series, 1916, p. 13.

130. *Ibidem*, p. 3.

131. S. J. ANAYA, *Indigenous peoples*, cit., p. 15.

sentido moderno de ambos términos está basada directamente en el genocidio y en el sometimiento de los pueblos colonizados, constituyéndose en la sanción formal y teórica de éstos. De ello se deriva, entre otras cosas, como ya lo hemos visto, que los Estados, únicos sujetos como tal, niegan la validez y la obligatoriedad de los tratados celebrados con estos pueblos.

Sin embargo, no puede decirse que Vattel claramente hubiese ya afirmado la exclusión de las organizaciones políticas de los pueblos indígenas de la lista de los Estados reconocidos. Aunque Hobbes, de hecho, hubiese sostenido que «the savage peoples in many places of the Americas. . have no government at all; and live at this day in that brutish manner»¹³², Vattel, quien daba de los Estados una definición lo suficientemente amplia como para incluir «all political bodies, societies of men who have united together and combined their forces, in order to procure their mutual welfare and security»¹³³, había también definido a los invasores europeos como «usurpadores que se basaban en pretextos injustos y ridículos»¹³⁴. Sin embargo, él distinguía claramente entre los grandes Imperios de los Aztecas y de los Mayas de los pueblos nómadas y por otra parte se refería al criterio de la eficacia *sub specie* del derecho de conquista ya ejercido con éxito, en su momento, por los romanos a expensas de las naciones y de los reinos por estos subyugados; lo cual, dicho sea de paso, equivale a poner en sus términos clásicos, el tema de la soberanía, como condición jurídica y de hecho de las instituciones *superiorem non recognoscentes*.

La temática de la construcción jurídica de los pueblos indígenas y sus relaciones mantenidas con los colonos estaba destinada, en todo el período sucesivo, a confrontarse con la maduración de la figura del Estado y del concepto conexo de soberanía. Se puede tomar como ejemplo de cuanto se ha dicho, la jurisprudencia constitucional estadounidense, en el transcurso de la primera mitad del Ochocientos, período caracterizado por la extensión hacia Oeste de Estados Unidos y por la figura del Justice Marshall.

Éste último, redactó tres decisiones fundamentales en materia de derechos de los pueblos indígenas en los Estados Unidos, las cuales configuraron un *iter* conceptual

132. T. HOBBS, *Leviathan*, edición a cargo de R. TRUCK, 1991, p. 89.

133. *The Law of Nations*, cit., p. 3.

134. «Those ambitious European States which attacked the American Nations and subjected them to their avaricious rule, in order, as they said, to civilize them, and have them instructed in the true religion – those usurpers, I say, justified themselves by a pretext equally unjust and ridiculous», *ibidem*, p. 116.

interesante. En la primera, *Johnson v. McIntosh*, de 1823¹³⁵, describía a los Indígenas como «feroces salvajes», ingobernables a causa de su espíritu de independencia y de rebelión; otorgaba el derecho de adquisición de los colonizadores sobre el territorio como consecuencia del *discovery*, adquisición calificada por el consiguiente ejercicio ininterrumpido de su control. En la segunda, en cambio, la *Cherokee Nation v. Georgia*, de 1831¹³⁶, Marshall eligió una vía, en cierta medida, intermedia entre los opositores y los que estaban a favor de la subjetividad internacional de los Indígenas de América, recurriendo a la categoría de «naciones dependientes», que no excluía una personalidad autónoma de las tribus involucradas. Eran estas mismas, sostenía la sentencia, las que reconocían el predominio de los Estados Unidos¹³⁷. Finalmente, en el caso *Worcester v. Georgia*, de 1832¹³⁸, Marshall logró incluso comparar las tribus *Cherokee* con los Estados feudales y tributarios europeos, que, desde su visión, constituían sujetos del derecho internacional. En consecuencia, él perfeccionaba su teoría justificativa de la conquista, sosteniendo que los derechos originales naturales sobre la tierra de los indígenas, se habían adquirido a consecuencia de una cesión voluntaria o de conquista efectiva.

Sin embargo, posteriormente prevalecen las voces doctrinales que proclaman la completa anulación de la subjetividad de las tribus indígenas. Esto sucede al mismo tiempo que la victoria definitiva del positivismo sobre el iusnaturalismo, por efecto de la cual «the law of nations, or international law, would become a legitimizing force for colonization and empire rather than a liberating one for indigenous peoples»¹³⁹.

Esta conclusión aparece a la luz de manera inevitable, por una parte, por los intereses concretos de los sectores dominantes de apropiarse de los recursos detentados por los pueblos indígenas y, por la otra, por la afirmación, sobre un plano más general, de la visión de la comunidad internacional como un *club* exclusivo, con admisión limitada y rígidamente seleccionada.

En esta materia, está vigente una concepción de los Estados, destinada a perpetuarse por largo tiempo, como «conglomerado de individuos dominados

135. 21 U. S., p. 543.

136. 30 U. S., p. 1.

137. Según Marshall, los Índios «acknowledge themselves, in their treaties, to be under the protection of the United States», *ibidem*, p. 17.

138. 31 U.S., p. 515. Con esta sentencia, la Corte Suprema reconoció que, gracias al tratado estipulado por los *Cherokee* con los Estados Unidos, no era aplicable sobre su territorio la ley de Georgia.

139. S. J. ANAYA, *Indigenous peoples*, cit., p. 19.

por un aparato que ejerce el poder sobre ellos»¹⁴⁰. Es necesario, de todas formas, destacar que, sobre el plano cultural e ideológico, dichas teorías forman parte de una visión fuertemente euro céntrica (en el sentido más amplio, esto es, que contiene los criterios propugnados por los seguidores de Occidente en América y de Oceanía) del derecho internacional.

Vale la pena dar cuenta, aunque sea sumariamente, de las posiciones expresadas por tres autores que pueden considerarse como emblemáticos en este sentido.

Según John Westlake, autor en 1894 de los *Chapters on the Principles of International Law*, la distinción fundamental entre los pueblos civilizados y no civilizados y la sociedad internacional, es que compete sólo a los primeros identificar, por medio de un *test* los elementos del gobierno *European-style* y el sedentarismo. Sólo un gobierno de este tipo, podría tutelar el derecho de los colonizadores a vivir, en bienestar y seguridad, la compleja existencia a la cual estaban habituados en sus tierras de origen, junto a los derechos de los mismos nativos. Por lo tanto, los derechos de los indígenas se convierten en objeto de una mera elección arbitraria y escapan del ámbito de las pretensiones normativas del derecho internacional.¹⁴¹

Comparte esta opinión Hall, en su *Treatise on International Law* de 1924, quien señala cómo el derecho internacional es un producto de la «civilización especial de la Europa moderna», y por lo tanto atributo de los sujetos de derecho internacional, que involucra sólo a los Estados que puedan ser considerados como los herederos de dicha civilización¹⁴².

Prescindiendo del reconocimiento del mérito de la competencia o no de dicho atributo, Lassa Oppenheim, en su *International Law* de 1920, se limita a constatar que son sujetos del derecho internacional aquellos reconocidos como tales por el «common consent» de las naciones civilizadas, presentando una lista en la cual se identifican específicamente unos Estados, y precisamente los viejos Estados cristianos europeos, los mismos que originaron la colonización europea de las Américas y, como excepción, dos Estados no cristianos: Turquía y Japón¹⁴³. Es

140. A. CASSESE, *Il diritto internazionale nel mondo contemporaneo*, Bologna, Il Mulino, 1984, p. 15.

141. J. WESTLAKE, *Chapters on the Principals of International Law*, 1894, pp. 106-108.

142. W. E. HALL, *A Treatise on International Law*, edición a cargo de A. P. HIGGINS, 1924, p. 47.

143. L. F. L. OPPENHEIM, *International Law*, edición a cargo de R. F. ROXBURGH, 1920, pp. 134-135.

siempre con el consenso de los Estados civilizados que se produce la exclusión de todos los derechos territoriales de los pueblos indígenas¹⁴⁴.

Dicha posición es, obviamente, rechazada por los pueblos indígenas así como por las otras víctimas de la colonización¹⁴⁵. Es sólo con la aparición de las Naciones Unidas y bajo su protección, cuando comienza a finalizar el colonialismo y, que después de la segunda Guerra Mundial, se da inicio a una nueva era, con la apertura a una visión multicultural del derecho internacional y de la cual surgen todas las consecuencias posibles y necesarias.

Es bien sabido cómo, desde el punto de vista jurídico, la clave fundamental de esta renovación ha estado representada por el principio de la libre determinación.

Fue, en efecto, de particular importancia para desmontar la doctrina de la *terra nullius*, la opinión de la Corte Internacional de Justicia sobre el Sahara Occidental, que afirmó en dicha ocasión, la primacía de este principio.

La Corte consideró, sobre la base de un análisis de la práctica internacional de la época, que los territorios ocupados por tribus o pueblos dotados de una organización social y política, no eran considerados *terra nullius* y que por lo tanto podían ser adquiridos sólo como consecuencia de acuerdos realizados con los jefes locales y no mediante la mera ocupación como título de propiedad¹⁴⁶.

144. Cf. HYDE, *International Law Chiefly as Interpreted and Applied by the United States*, 1922, afirmaba en este sentido que «[a]t the time of European explorations in the Western Hemisphere in the fifteenth and sixteenth centuries... States were agreed that the native inhabitants possessed no rights of territorial control which the European explorer or his monarch was bound to respect», p. 163-64. De conformidad con dichos dictámenes doctrinales, la subjetividad de estos últimos era excluida de diversas decisiones jurídicas de la época, entre las cuales se citan: la de un Tribunal de Arbitramento en el caso *Cayuga Indians* entre Gran Bretaña y los Estados Unidos, de 1926; la de 1920 sobre el caso *Island of Palmas* entre Estados Unidos y los Países Bajos así como la Sentencia de la Corte Permanente de Justicia Internacional en el caso sobre el *status* jurídico de Groenlandia Oriental. Para tener más información sobre el tema cfr. S. J. ANAYA, *Indigenous Peoples*, cit., p. 23.

145. «Indigenous peoples consider it a perverse system which historically allowed and condoned six or seven or ten nations to council and dictate certain norms, practices, and legal doctrines and call the product «The Law of Nations»», G. T. MORRIS, *In Support of the Right*, cit., p. 277.

146. «Whatever differences of opinion there may have been among jurists, the State practice of the relevant period indicates that territories inhabited by tribes or peoples having a social and political organization were not regarded as *terrae nullius*. It shows that in case of such territories the acquisition of sovereignty was not generally considered as effected unilaterally through «occupation» of *terra nullius* by original title but through agreements concluded with local rulers», www.icj-cij.org/docket/files/61/6195.pdf, p. 39.

A conclusiones similares llegó, sobre el asunto de la validez de la doctrina en cuestión, la más reciente sentencia de la *High Court* australiana sobre el caso *Mabo v. Queensland (2)*. Esta afirmó que, de hecho, aún admitiendo que el derecho internacional reconociese exclusivamente la conquista, la cesión o la ocupación de *terra nullius* como medios efectivos para adquirir la soberanía, y que las potencias europeas considerasen *terra nullius* los territorios habitados por los pueblos «atrasados» dando diversas justificaciones, resultaría difícil, aún aplicando este orden de ideas, admitir que las tierras ocupadas por el pueblo *Meriam* fuesen *nullius*, dado que se trataba de «devote gardeners», los cuales vivían pacíficamente bajo una clase de gobierno que se llevaba a cabo por los jefes locales (*Marmose*) y por la *London Missionary Society*, aunque después se consolidase la soberanía británica sobre el territorio, mediante el ejercicio ininterrumpido del poder por parte de las autoridades de Queensland (punto 33)¹⁴⁷.

Como anota el Relator Martínez en el estudio ya citado sobre tratados, acuerdos y otros *constructive arrangements* entre Estados y poblaciones indígenas, tales decisiones jurídicas han puesto definitivamente de lado la teoría de la *terra nullius*, mientras que paralelamente se ha afirmado el repudio de la fuerza como medio para la adquisición de la soberanía territorial, especialmente después de que entró en vigor el artículo 2, numeral 4 de la Declaración de las Naciones Unidas¹⁴⁸.



147. Véase www.icj-cij.org/docket/files/61/6195.pdf, p. 15.

148. *Study on treaties*, cit., p. 59.

Las Naciones Unidas y los derechos de los indígenas

G

1. Evolución y adaptación del tema indígena al interior de la organización mundial

1.1. Premisa

Inmediatamente después de constituirse la Sociedad de las Naciones, se comenzaron a presentar en su interior algunos intentos de dar representación a las reivindicaciones de los pueblos indígenas, aunque prácticamente no conducían a resultados relevantes. En especial, podemos recordar el desafortunado viaje del jefe *Haudenosanee* (de la Confederación de los Iroqueses), *Deskahee*, quien viajó en 1923 hasta Ginebra para ser escuchado por la Sociedad de las Naciones, sin poder lograrlo¹⁴⁹. O incluso el del *leader* religioso *Maorí*, T. W. Ratana, quien, antes de llegar a Ginebra, también sin éxito, había ido a Londres donde el Gobierno Británico, reclamando por la violación del Tratado de Waitangi de 1840¹⁵⁰.

Evidentemente los tiempos aún no habían madurado lo suficiente para un reconocimiento de los derechos de los pueblos indígenas, los cuales, en cambio, debían encontrar una situación más favorable en el nuevo derecho internacional que emergió del nuevo contexto histórico existente al final de la Segunda Guerra Mundial¹⁵¹.

149. Cf. <http://www.un.org/esa/socdev/unpfii/en/history.html>.

150. *Ibidem*.

151. Para decirlo con Anaya, en dicha oportunidad se verificaron unos cambios, los cuales «have engendered a reformed system of international law, and the reformed system, in turn, has provided fertile ground for social forces to further alter, and eventually reverse, the direction of international law where it concerns the indigenous peoples of today», *Indigenous Peoples*, cit., p. 39.

Dicha evolución se dio principalmente en la superación del enfoque euro céntrico de la comunidad internacional, por el ingreso de numerosos nuevos miembros, por la creciente aparición de los actores no-estatales, y por la transformación del concepto mismo de derecho internacional, que no se consideraría ya como el mero registro de las actuaciones estatales con la finalidad de codificar normas consuetudinarias, sino que se basaría sobre determinados valores como guías para actuar, derribando, de ser necesario, también la soberanía estatal entendida en el sentido tradicional como el mero *jus excludendi alios*¹⁵². El tema de los derechos individuales y colectivos asume, obviamente, central relevancia desde esta perspectiva.

El marco institucional de los cambios mencionados fue ofrecido, como es sabido, por la Organización de las Naciones Unidas, la cual ha dedicado una creciente atención al tema de los pueblos indígenas, en particular mediante el despliegue de herramientas adecuadas para la organización, entre ellas, y de gran importancia, encontramos el Grupo de Trabajo sobre las Poblaciones Indígenas y el Foro Permanente de Asuntos Indígenas, a los cuales nos dedicaremos ahora.

La iniciativa de las Naciones Unidas respecto a los pueblos indígenas, se articula con tres sectores fundamentales, conectados entre ellos: a) lucha por la discriminación ejercida en contra de los pueblos indígenas; b) reconocimiento de su singularidad y de la necesidad de que esta sea protegida; y c) afirmación de su derecho a la libre determinación. Se trata de tres etapas sucesivas, pero también complementarias, dado que la progresiva ampliación del campo visual, con el surgimiento de nuevos puntos de vista desde los cuales es posible abordar la cuestión, no ha implicado el acantonamiento de aquellos precedentes y que, de todas formas, es necesario continuar a afrontarla simultáneamente en los tres ámbitos apenas indicados.

Sin embargo, para entender el proceso logrado en el tratamiento del tema, es suficiente comparar el primer Convenio de la OIT dedicada a los pueblos indígenas, el No. 107 de 1957, con la Declaración sobre sus derechos aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en septiembre de 2007. En efecto, el primero se caracteriza por la asimilación pura y parece destinado a eliminar los obstáculos interpuestos a la integración pacífica de las comunidades indígenas al interior de las respectivas sociedades nacionales, teniendo poco en cuenta sus características particulares desde el punto de vista cultural, mientras la segunda

152. *Ibidem*, p. 40.

contiene una afirmación clara del derecho a la libre determinación de los pueblos indígenas.

Tal evolución, se relaciona, tanto con la evolución del principio de la libre determinación¹⁵³ como con la afirmación, sobre el plano internacional, del derecho a la diversidad cultural a la cual, precisamente en estos últimos años, fue dedicada la citada Convención, estipulada bajo el auspicio de la UNESCO, la cual pretende lograr entre otros objetivos, aquellos de la protección y de la promoción del diálogo intercultural, y proclama el vínculo entre cultura y desarrollo¹⁵⁴.

1.2. El Grupo de Trabajo sobre las Poblaciones Indígenas

El Grupo de Trabajo sobre las Poblaciones Indígenas, fue instituido en 1982 como órgano subsidiario de la Subcomisión de Promoción y Protección de los Derechos Humanos con la Resolución 2 (XXXIV) de esta última¹⁵⁵. Está compuesto por cinco miembros de la mencionada Subcomisión, uno por cada zona geográfica destinada por las Naciones Unidas a fines electorales¹⁵⁶. Tiene reglas de procedimientos flexibles que permiten la participación de las Organizaciones Indígenas que llevan a cabo sus propias reuniones al tiempo que aquellas del Grupo¹⁵⁷.

Les corresponden don tareas principales: a) desarrollar una tarea de reseña y análisis de los eventos que promuevan la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales de los pueblos indígenas recibiendo, para tal fin, información escrita y oral de las Organizaciones Indígenas, de los Gobiernos, de las Organizaciones Especializadas y de otras entidades de las Naciones Unidas; b) dar atención especial a tema de los *standards* relacionados con dichos derechos y libertades¹⁵⁸.

A partir de 1996, el Grupo decidió enfocarse sobre cuestiones específicas, tomando en consideración y análisis, respecto a la temática de los pueblos indígenas,

153. Véase *infra*.

154. Cfr. B. OLMOS GIUPPONI, *Diversità culturale*, cit.

155. Cfr. www.iwgia.org/sw8632.asp.

156. Véase la Resolución 2847 (XXVI) de la Asamblea General, la cual establece cinco grupos: África, Asia, Europa del Este, América Latina y el Caribe, Europa Occidental y otros Estados. Cfr. S. MARCHISIO, *L'ONU*, Bologna, Il Mulino, 2000, p. 352. Véase también R. THAKUR (ed.), *What is Equitable Geographical Representation in the twenty-first Century*, The United Nations University, 1999, en [/www.unu.edu/unupress/equitable.pdf](http://www.unu.edu/unupress/equitable.pdf).

157. Cf. www.iwgia.org/sw8632.asp.

158. *Ibidem*.

argumentos como la salud; el medio ambiente, la tierra y el desarrollo sostenible; la educación y el idioma; el vínculo con la tierra; la niñez y la juventud; y el uso de las tierras con fines militares¹⁵⁹.

De particular importancia, son los procedimientos de control dirigidos por el Grupo de Trabajo sobre la base de las informaciones suministradas. Prácticamente todos los Estados en los cuales viven pueblos indígenas, presentan al Grupo reportes periódicos aún no estando formalmente obligados a hacerlo¹⁶⁰. En este ámbito, además, se ha estructurado *de facto* un interesante procedimiento de reclamos específicos, sobre la base de accesibilidad de la instancia por parte de las Organizaciones Indígenas¹⁶¹.

Sin duda, el resultado principal obtenido por el Grupo ha sido la elaboración del proyecto inicial de la Declaración sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas¹⁶².

1.3. El Expert Mechanism sobre los derechos de los pueblos indígenas

Por medio de la Resolución No. 6/36, adoptada el 14 de diciembre de 2007¹⁶³, sin recurrir al voto, el Consejo de los Derechos Humanos estableció el *Expert Mechanism* sobre los derechos de los pueblos indígenas, que tiene la tarea de brindar asesoría al Consejo, basada principalmente sobre estudios e investigaciones sobre el tema.

El *Expert Mechanism* está conformado por cinco expertos independientes elegidos para un periodo de tres años y reelegibles por una vez, seleccionados de acuerdo con los criterios 39 a 53 de la Resolución 5/1 del mismo Consejo, adoptada el 18 de junio de 2007¹⁶⁴. El Consejo recomendó enfáticamente que sean tenidos en debida consideración los expertos de origen indígena¹⁶⁵.

159. *Ibidem*.

160. Cfr. S. J. ANAYA, *Indigenous peoples*, cit., p. 154.

161. *Ibidem*, p. 159.

162. Véase *infra*.

163. Cf. ap.ohchr.org/Documents/E/HRC/resolutions/A_HRC_RES_6_36.pdf

164. Cf. ap.ohchr.org/documents/E/HRC/resolutions/A_HRC_RES_5_1.doc. Los candidatos deben cumplir con requisitos tales como *expertise*, experiencia en el campo, independencia, imparcialidad, integridad personal, objetividad. Se debe tener en cuenta la representatividad de género, de zonas geográficas y de sistemas jurídicos. Los candidatos pueden ser designados por gobiernos, grupos regionales que operen al interior del sistema de las Naciones Unidas, organizaciones internacionales, organizaciones no-gubernamentales, el Alto Comisionado para los derechos humanos y otros organismos competentes en materia de derechos humanos.

165. Punto 4 de la Resolución 6/36.

El *Expert Mechanism* tiene anualmente una reunión abierta a la participación, en calidad de observadores, de Estados, mecanismos, organizaciones, fondos, programas y agencias especializadas de las Naciones Unidas, organizaciones internacionales, organizaciones regionales y mecanismos regionales que operan en el campo de los derechos humanos, instituciones nacionales de derechos humanos y otros organismos nacionales relevantes, académicos y expertos en el tema indígena, organizaciones no gubernamentales dotadas de *status* de asesores en el Consejo Económico y Social, así como a organizaciones de los pueblos indígenas y otras organizaciones no gubernamentales cuyos objetivos y propósitos estén en armonía con la Declaración de las Naciones Unidas¹⁶⁶.

1.4. El Forum Permanente de Asuntos Indígenas

El *Forum* Permanente de Asuntos Indígenas es un Órgano Asesor del Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas. El *Forum*, trata asuntos indígenas relacionados con temas de desarrollo económico y social, de la cultura, del medio ambiente, de la educación, de la salud y de los derechos humanos. El *Forum* está encargado especialmente de a) dar asesoramiento y recomendaciones al Consejo Económico y Social, a los programas, fondos y agencias de las Naciones Unidas sobre asuntos indígenas; b) dar a conocer dichas cuestiones y promover la coordinación e integración de las actividades correspondientes, llevadas a cabo en el ámbito del Sistema de las Naciones Unidas; c) recopilar y difundir las informaciones correspondientes a dichos asuntos¹⁶⁷.

La institución del *Forum* se remonta a julio del 2000¹⁶⁸, si bien la idea venía siendo discutida desde finales de los años Ochenta y la propuesta hubiese sido incluida en la Agenda de la Convención de Viena sobre los Derechos Humanos de 1993¹⁶⁹. Fueron las Organizaciones Indígenas que componían el Grupo de Trabajo sobre

166. Punto 9 de la Resolución 6/36.

167. Cfr. www.iwgia.org/sw218.asp. véase también L. GARCIA ALIX, *The Permanent Forum on Indigenous Issues*, IWGIA, 2003.

168. Antes se celebraban dos Seminarios dedicados a la propuesta de establecer el órgano, uno en Estocolmo en 1995 y uno en Chile en 1997. Especialmente el segundo, manifestaba la necesidad de establecer un órgano de alto nivel, que se relacionase directamente con el Consejo Económico y Social, recibiese un mandato amplio, estuviese constituido sobre la base de un principio de paridad entre Estados y movimientos indígenas, y estuviese dotado de reglas de procedimiento adecuadas para permitir una amplia participación (*ibidem*). Véase la mencionada Resolución del Consejo Económico y Social en www.iwgia.org/graphics/Synkron-Library/Documents/InternationalProcesses/PermanentForum/PFEstablishmentresolution.htm.

169. Véase *infra*.

las Poblaciones Indígenas las que advirtieron sobre la necesidad de un organismo especializado en el tema, ajeno de por sí a las competencias de los otros entes existentes¹⁷⁰. Por lo tanto, el *Forum* llegaba indudablemente para llenar una laguna institucional en la materia y ofrecer la posibilidad de permitir una participación igualitaria entre Estados y pueblos indígenas.

Se trata de un acontecimiento de importancia en el tiempo, ya que es la primera vez que a actores no estatales se les confiere un *status* análogo a aquel de los Estados en el ámbito del Sistema de las Naciones Unidas¹⁷¹.

De él, hacen parte diez y seis miembros, ocho elegidos por los Estados y ocho por el Presidente del Consejo Económico y Social sobre la base de una amplia consulta con las Organizaciones Indígenas, además de los principios de representatividad y de diversidad y distribución geográfica de los pueblos indígenas¹⁷². Lo que siguió a continuación, fue el nombramiento de un representante por cada una de las siete regiones geoculturales en las cuales se encuentran distribuidos los pueblos indígenas (Asia, África, el Ártico, Norteamérica, Sudamérica, América Central y el Pacífico), con el octavo atribuido por turnos entre las tres regiones más importantes (Asia, África y Suramérica/América Central-el Caribe)¹⁷³.

Las consultas correspondientes se llevaron a cabo en la segunda mitad del 2001. En julio de 2001, el Consejo Económico y Social adoptó una resolución con la cual establecía, entre otros, que los ocho asientos serían distribuidos siguiendo el criterio de los cinco grupos regionales establecidos en el ámbito de las Naciones Unidas, con la rotación entre ellos de los tres puestos restantes, y que el Presidente del Consejo habría anunciado la lista de los miembros antes del 15 de diciembre de ese año. Al final, sólo seis de los ocho miembros nombrados coincidían con los propuestos en las consultas regionales¹⁷⁴. La característica de todos los miembros del *Forum* es la de ser expertos independientes, son nombrados por tres años, y reelegibles para un ulterior mandato¹⁷⁵.

170. Cf. S. J. ANAYA, *Indigenous peoples*, cit., p. 152 y textos citados en nota 9.

171. Cf. *The Indigenous World*, 2001-2002, p. 444.

172. *Ibidem*, p. 445.

173. *Ibidem*, p. 446 s.

174. *Ibidem*, p. 449.

175. *Ibidem*, p. 445.

El *Forum* lleva a cabo cada año una reunión de diez días en las oficinas de las Naciones Unidas de Nueva York, de Ginebra o algunas veces en otro lugar que este decida, en compatibilidad con los procedimientos y los reglamentos financieros de las Naciones Unidas¹⁷⁶. Sus reuniones, como aquellas del Grupo de Trabajo, son abiertas, y gobiernos, organizaciones internacionales, no gubernamentales e indígenas pueden participar en ellas en calidad de observadores¹⁷⁷. Siempre anualmente, el *Forum* presenta al Consejo Económico y Social un Reporte con eventuales recomendaciones¹⁷⁸.

Uno de los principales requerimientos del *Forum* tiene que ver con la disponibilidad de los medios financieros adecuados, pero el balance correspondiente aún es más bien negativo¹⁷⁹.

1.5. El Relator Especial

La tarea del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los pueblos indígenas, que es nombrado por el Consejo (antes Comisión) de los Derechos Humanos de las Naciones Unidas, es la de llevar a cabo investigaciones sobre las violaciones de dichos derechos y libertades y formular recomendaciones al Consejo de los Derechos Humanos y a los gobiernos con la finalidad de mejorar la situación¹⁸⁰.

1.6. El Convenio No. 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT)

El Convenio No. 169 ha representado, antes de la adopción de la Declaración sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, el punto más avanzado de elaboración del derecho internacional sobre el tema de los pueblos indígenas.

Dos «considerandos» contenidos en el Preámbulo de dicho Convenio, son extremadamente significativos: el cuarto, que, tomando nota de los avances verificados a partir de 1957, fecha del anterior Convenio de la OIT, ya sea en el ámbito del derecho internacional como en el de la situación de los pueblos indígenas, indica la necesidad de adoptar nuevos estándares internacionales sobre

176. *Ibidem*.

177. *Ibidem*.

178. *Ibidem*.

179. *Ibidem*, p. 450.

180. Cf. www.iwgia.org/sw348.asp.

el tema, que desplacen el acercamiento «asimilacionista»¹⁸¹ precedente; y el quinto, con el cual se reconocen las aspiraciones de los pueblos indígenas a ejercer el control sobre las propias instituciones, modos de vida y desarrollo económico y a mantener y desarrollar sus propias identidades, sus lenguas y religiones, en el marco del Estado donde viven. Igualmente significativo se muestra el octavo considerando del Preámbulo, que llama la atención sobre las contribuciones que los pueblos indígenas aportan a la diversidad cultural y a la armonía social y ecológica de la humanidad, así como a la cooperación y entendimiento internacionales¹⁸².

El Convenio está dividido en diez partes: 1. Política General (arts. 1-12). 2. Tierra (arts. 13-19). 3. Reclutamiento y requisitos de empleos (arts. 20). 4. Formación, artesanato e industrias rurales (arts. 21-23). 5. Seguridad social y salud (arts. 24-25). 6. Educación y medios de comunicación (arts. 26-31). 7. Contactos y cooperación a través de las fronteras (art. 32). 8. Administración (art. 33). 9. Disposiciones generales (art. 34-35). 10. Disposiciones finales (art. 44).

Los Estados miembros, están obligados a realizar acciones coordinadas y sistemáticas para proteger los derechos de los pueblos indígenas y garantizar su integridad (art. 2, num.1). Deben identificar los cinco objetivos generales y complementarios entre sí, a cuya consecución está dirigido el Convenio:

- a) Garantizar la vida y la seguridad de los indígenas¹⁸³.
- b) Abolir toda discriminación entre los indígenas y los otros ciudadanos de un determinado Estado¹⁸⁴, salvaguardando los derechos y tutelando especialmente

181. «Considering that the developments which have taken place in international law since 1957, as well as developments in the situation of indigenous and tribal peoples in all regions of the world, have made it appropriate to adopt new international standards on the subject with a view to removing the assimilationist orientation of the earlier standards».

182. «Calling attention to the distinctive contributions of indigenous and tribal peoples to the cultural diversity and social and ecological harmony of humankind and to international co-operation and understanding».

183. Véase el art. 3, num. 2: «No form of force or coercion shall be used in violation of the human rights and fundamental freedoms of the peoples concerned, including the rights contained in this Convention».

184. En el mismo sentido el lit. a del num. 2 del art. 2, según el cual la acción llevada a cabo por los Estados deberá contener medidas con la finalidad de: «[e]nsuring that the members of these peoples benefit on an equal footing from the rights and opportunities which national laws and regulations grant to other members of the population». Véase también el art. 3: «Indigenous and tribal peoples shall enjoy the full measure of human rights and fundamental freedoms without hindrance or discrimination. The provision of the Convention shall be applied without discrimination to male and female members of these peoples».

a quien emprende acciones legales, individuales o por medio de los entes representativos, superando también eventuales obstáculos de tipo lingüístico¹⁸⁵. Sobre la misma línea se sitúan las disposiciones encaminadas a erradicar las costumbres especialmente odiosas y discriminatorias, como la exacción por servicios personales obligatorios por parte de los miembros de los pueblos indígenas¹⁸⁶.

- c) Adoptar medidas capaces de satisfacer el *gap* entre los indígenas y los otros ciudadanos¹⁸⁷.
- d) Promover la participación de los indígenas y en especial de sus consultas siempre que las medidas que se estén discutiendo les afecten directamente¹⁸⁸. Este parece ser el objetivo al cual va dirigido el numeral 1 del artículo 7, según el cual «the peoples concerned shall have the right to decide their own priorities for the process of development as it affects their lives, beliefs, institutions and spiritual well-being and the lands they occupy or otherwise use, and to exercise control, to the extent possible, over their own economic, social and cultural development. In addition, they shall participate in the formulation, implementation and evaluation of plans and programmes for national and regional development which may affect them directly». En dicha disposición, podemos encontrar la semilla del derecho a la libre determinación a pesar de que el Convenio No.

185. Art. 12.

186. Véase el Art. 11.

187. En el mismo sentido el lit. c del num. 2 del art. 2, según el cual la acción llevada a cabo por los Estados deberá contener medidas con la finalidad de: «[a]ssisting the members of the peoples concerned to eliminate socio-economic gaps that may exist between indigenous and other members of the national community, in a manner compatible with their aspirations and ways of life». Véase también el num. 2 del art. 7, según el cual el mejoramiento de sus condiciones de vida y de sus niveles de salud y educación y de actuar contando con su participación y cooperación, constituirá un asunto prioritario en los planes de desarrollo económico conjunto de las zonas en las cuales se encuentran asentados, mientras se procederá también a la elaboración de proyectos específicos para este fin.

188. Véase especialmente el art. 6, num. 1, que en su lit. a, establece la obligación para los gobiernos de consultar a los pueblos indígenas cada vez que se pongan en consideración medidas legislativas y administrativas que puedan estar relacionadas con ellos. El num. 2 de dicha disposición, prevé que las consultas en cuestión sean llevadas a cabo con buena fe y de manera apropiada de acuerdo a las circunstancias, con el objetivo de lograr un acuerdo o el consenso sobre las medidas propuestas. El lit. b del num. 1 del mismo artículo, dispone la obligación para los gobiernos de proveer los medios para que los pueblos indígenas puedan participar libremente, por lo menos tanto como el resto de la población, en todos los niveles de toma de decisiones en las instituciones electivas y en todos los organismos administrativos o de cualquier otro tipo que sean responsables de las políticas y programas que los involucren.

169 no lo declara explícitamente, aunque sea significativo el hecho de que en él se haga referencia siempre a las colectividades indígenas como «pueblos» y no «poblaciones» como se hacía antes.

- e) Salvaguardar y además promover las instituciones indígenas existentes, así como sus sistemas culturales, jurídicos y religiosos¹⁸⁹. Está previsto efectuar estudios para determinar el impacto social, espiritual, cultural y ambiental de las actividades de desarrollo y la obligación de considerar los resultados de estos estudios como criterios fundamentales para llevar a cabo dichas actividades¹⁹⁰. Disposiciones específicas enfrentan también el tema de la protección del medio ambiente de los territorios indígenas¹⁹¹, y afirman la necesidad de tener en cuenta las normas consuetudinarias indígenas en la aplicación de las leyes que se refieren a los pueblos indígenas¹⁹². De particular interés, en lo que respecta a este segundo aspecto, resultan las implicaciones concernientes al sistema penal¹⁹³.

En realidad, el logro de estos cinco objetivos fundamentales, inspira todo el conjunto de las disposiciones de la sección sobre las políticas generales, tan estrechamente ligadas al punto que resulta difícil distinguir puntualmente las normas dedicadas a uno u otro. Algunas de las disposiciones, formulan también los criterios para dirimir eventuales contradicciones que puedan ocurrir entre estos, en busca

189. Véase el lit. *b* del art. 2, num. 2, conforme al cual, las acciones realizadas por los Estados deberán incluir medidas para: «[p]romoting the full realisation of the social, economic and cultural rights of these peoples with respect for their social and cultural identity, their customs and traditions and their institutions». Véase también el Art. 4, según el cual deberán adoptarse medidas especiales para proteger a las personas, las instituciones, la propiedad, el trabajo, la cultura y el medio ambiente de estos pueblos, y el Art. 5 que establece que en la aplicación de la Convención, se reconozcan y protejan los valores y las prácticas culturales, religiosas y espirituales de los pueblos indígenas y que sea respetada la integridad de los valores, prácticas e instituciones de estos pueblos. Véase también el lit. *c* del num. 1 del art. 6, según el cual los gobiernos deberán proporcionar los medios para el pleno desarrollo de las instituciones e iniciativas de los pueblos indígenas.

190. Art. 7, num. 3.

191. Art. 7, num. 4.

192. Art. 8, num. 1.

193. Sobre este tema tratan los arts. 9 y 10. El primero prevé el respeto, en la medida que sea compatible con los sistemas legales nacionales y con los derechos humanos internacionalmente reconocidos, de los métodos que se aplican tradicionalmente para sancionar los delitos cometidos por miembros de la comunidad, estableciendo que las autoridades y los tribunales los tengan en cuenta al juzgar los casos correspondientes. El segundo, establece que las sanciones aplicadas a los miembros de los pueblos indígenas, deben tener en cuenta las características económicas, culturales y sociales de estos pueblos, dando preferencia a penas no privativas de la libertad.

de una síntesis, a veces problemática, entre el *status* general de ciudadanía y la pertenencia a los pueblos indígenas¹⁹⁴.

Toda la segunda parte del Convenio, que comprende siete artículos, está dedicada al tema de las tierras. Se destaca la importancia, primero que todo, de la afirmación de la «special importance for the culture and spiritual values of the peoples concerned of their relationship with the lands or territories, or both as applicable, which they occupy or otherwise use, and in particular the collective aspects of this relationship»¹⁹⁵.

Esto implica el reconocimiento de los derechos de propiedad y posesión sobre las tierras tradicionalmente ocupadas, salvaguardando también los derechos sobre tierras no ocupadas por los pueblos indígenas exclusivamente pero a las que tradicionalmente habían tenido acceso, con especial atención de la situación de los pueblos y nómadas y agricultores «móviles» («shifting cultivators»)¹⁹⁶. Los gobiernos deberán adoptar medidas adecuadas para identificar las tierras tradicionalmente ocupadas y garantizar de manera efectiva los derechos de propiedad y de posesión de estas¹⁹⁷, así como establecer los procedimientos necesarios que conduzcan a las correspondientes reivindicaciones de los pueblos indígenas¹⁹⁸.

En los artículos siguientes, 16 y 17, el concepto de «tierras» («lands») incluye la totalidad («total environment») de las áreas ocupadas o utilizadas de otra forma por los pueblos indígenas¹⁹⁹. El primero de ellos, tiene que ver con el tema de los recursos naturales, y salvaguarda los derechos de los pueblos indígenas sobre los existentes en sus tierras, estableciendo el derecho de los pueblos indígenas a participar en el uso, manejo y conservación de dichos recursos²⁰⁰. Si el Estado

194. Véase por ejemplo el art. 8, num. 2, que prevé el derecho de los pueblos indígenas de conservar sus costumbres e instituciones, siempre y cuando no choquen con los derechos fundamentales establecidos por el sistema nacional y con las normas internacionalmente reconocidas en materia de derechos humanos; establece también procedimientos específicos para resolver eventuales conflictos que surjan de la aplicación del principio enunciado. O también el num. 3 de este mismo artículo, según el cual el «due regard» debe atribuirse a las costumbres e instituciones propias de los pueblos indígenas «shall not prevent members of these peoples from exercising the rights granted to all citizens and from assuming the corresponding duties».

195. Art. 13, num. 1.

196. Art. 14, num. 1.

197. Art. 14, num. 2.

198. Art. 14, num. 3.

199. Art. 13, num. 2.

200. Art. 15, num. 1.

mantiene la propiedad de los recursos minerales o del subsuelo u otros derechos sobre otros recursos, deben establecerse procedimientos de consulta a los pueblos indígenas a fin de determinar si, y en qué medida, se pueden llegar a afectar los intereses, en los casos en que se emprendan o se autoricen programas de explotación, permitiendo, cada vez que sea posible, la participación de los pueblos indígenas de los beneficios que se deriven de dichas actividades y previniendo una compensación justa en caso de eventuales daños²⁰¹.

El artículo 17, establece la prohibición de alejar («remove») a los pueblos indígena de las tierras que ocupan²⁰². Como medida excepcional, cuando se considere necesario trasladarlos («relocation»), se requerirá el consentimiento libre e informado de los pueblos interesados o, en caso de no poderse obtener dicho consentimiento, realizar los procedimientos establecidos a nivel nacional que prevean una efectiva representación de dichos pueblos, incluidas las consultas públicas²⁰³. En todo caso, estos últimos, mantendrán el derecho a regresar, en cuanto hayan cesado los motivos del traslado²⁰⁴.

Al tema del trabajo, se dedica una disposición específica, obligando a los Estados a adoptar medidas especiales de protección para el reclutamiento²⁰⁵ y a prevenir cualquier tipo de discriminación entre trabajadores indígenas y no indígenas en diversos sectores (admisión y promoción profesional; igualdad de salario; asistencia médica y social, seguridad y salud; derecho de asociación y libertades sindicales)²⁰⁶.

201. Art. 15, num. 2.

202. Art. 16, num. 1.

203. Art. 16, num. 2.

204. Art. 16, num. 3. Si no es posible ejercer este derecho, los pueblos deberán obtener tierras de calidad y *status* jurídico no inferiores a las que antes ocupaban, sobre la base de un acuerdo o de procedimientos adecuados, a menos que prefieran una indemnización en dinero o en especie, con las debidas garantías. Las personas que sean trasladadas deberán ser indemnizadas por todos los daños o pérdidas que sufran.

205. Art. 20, num. 1.

206. Art. 20, num. 2. En particular, las medidas que se tomen deben incluir: la protección que normalmente se concede a los otros trabajadores y la información plena a los indígenas sobre sus derechos y recursos; la prohibición de condiciones de trabajo nocivas para la salud; la prohibición de utilizar medios coercitivos en la contratación; la igualdad de oportunidades y de trato para hombres y mujeres y protección contra el acoso sexual (art. 20, num. 3). También se prevé la creación de servicios de inspección adecuados, para las áreas de trabajo indígena (art. 20, num. 4). Las disposiciones finales están dedicadas a la formación (arts. 21, 22), a la promoción de trabajos tradicionales, del artesanato y de las industrias rurales y comunitarias (art. 23), a extender a los indígenas los esquemas de seguridad social, sin discriminaciones (art. 24), a servicios de salud adecuados y, en lo posible, basados en la comunidad (art. 25), al derecho a la educación (art. 26).

De acuerdo con el artículo 27, los servicios y programas educativos deben incluir la historia, los conocimientos, las tecnologías, los sistemas de valores y otras aspiraciones de los pueblos indígenas, que deben ser realizados en cooperación con los mismos. Los pueblos indígenas, en especial, deben participar en la formulación de estos planes y programas, recibiendo la adecuada formación para lograrlo. Importante es también el reconocimiento del derecho de estos pueblos a crear sus propias instituciones educativas, recibiendo además financiación con esta finalidad, siempre que dichas instituciones alcancen los *standards* mínimos establecidos de común acuerdo con ellos²⁰⁷.

Dado que muchos pueblos indígenas están ubicados a través de las fronteras, los gobiernos deben ponerse de acuerdo para facilitar los contactos y la cooperación entre las comunidades ubicadas en sus respectivos territorios (art. 32).

Los gobiernos deben garantizar la existencia de agencias o de otros organismos dotados de fondos para administrar los programas relacionados con los pueblos indígenas, programas que tengan que ver con la planificación, la coordinación, la ejecución y la valoración de las medidas previstas por el Convenio, así como la propuesta de formular, con los pueblos interesados, medidas legislativas y de otro tipo a los organismos competentes (art. 33).

La naturaleza y el alcance de las medidas que deberán adoptarse, se determinarán de modo flexible, teniendo en cuenta las condiciones propias de cada país (art. 34). Finalmente, la aplicación de las disposiciones del Convenio, no podrán perjudicar los derechos y beneficios conferidos a los pueblos indígenas por otros convenios o recomendaciones de la OIT, por otros instrumentos internacionales, tratados o por la legislación, la jurisprudencia o la costumbre nacional (art. 35). Esta última disposición, fue necesaria a la luz, por ejemplo, del hecho de que varias organizaciones indígenas se habían opuesto a la ratificación del Convenio por considerar que era mucho más atrasado que el derecho interno²⁰⁸.

207. Art. 27, num. 3. Los niños indígenas, tendrán derecho, cuando sea posible, a la enseñanza de la lengua propia, así como del idioma oficial del Estado en el cual residen, así como adoptar medidas para la conservación y la promoción del uso de las lenguas indígenas (art. 28). También es significativo el hecho que la educación esté dirigida a hacer posible la participación de los indígenas tanto dentro de su propia comunidad como a nivel nacional (art. 29). Acciones finales informativas y educativas estarán dirigidas a hacer conocer a los pueblos indígenas sus derechos y deberes (art. 30), así como a eliminar los prejuicios que se puedan tener con respecto a estos pueblos (art. 31).

208. *Study on treaties*, cit., p. 11.

La *compliance* de los Estados firmantes en los Convenios de la OIT, se encuentra asegurada por un mecanismo de monitoreo llevado a cabo, en una primera fase, por el Comité de Expertos sobre la aplicación de los Convenios y Recomendaciones, el cual revisa los reportes periódicos presentados por los gobiernos, puede solicitar informaciones adicionales a estos últimos y llevar a cabo ulteriores actividades que instruyan sobre la conducta de estos, y redacta anualmente un Reporte que contiene sus observaciones, sobre la base del cual puede también intervenir, en las Conferencias anuales de la OIT, sobre la aplicación de los Convenios y recomendaciones²⁰⁹.

Digno de destacar es el hecho que también el control del precedente y por muchas razones obsoleto y superado Convenio No. 107 de la OIT, sea hecho sobre la base de *estándares* propios del Convenio No. 169, dicho en otras palabras, también los conceptos presentes en el primero, son interpretados sobre la base de los principios introducidos y afirmados por el segundo²¹⁰.

Se encuentran también consideradas las posibilidades de reclamos individuales ofrecidas por el artículo 24 del Estatuto de la OIT, que están abiertas a las organizaciones sindicales y empleadores, los cuales pueden denunciar, ante el Secretario de la Organización del *International Labour Office*, la desobediencia, por parte de uno de los Estados, de las convenciones estipuladas²¹¹.

La respectiva *representation* es examinada por una comisión tripartita, que convoca al Estado denunciado a presentar sus observaciones, lleva a cabo sus investigaciones e informa al *Governing Body*, el cual puede decidir publicar, a manera de sanción, la *representation* con la eventual respuesta del Estado denunciado²¹².

209. S. J. ANAYA, *Indigenous Peoples*, cit., p. 155.

210. *Ibidem*, p. 155 s.

211. « In the event of any representation being made to the International Labour Office by an industrial association of employers or of workers that any of the Members has failed to secure in any respect the effective observance within its jurisdiction of any Convention to which it is a party, the Governing Body may communicate this representation to the government against which it is made, and may invite that government to make such statement on the subject as it may think fit».

212. Art. 25. «If no statement is received within a reasonable time from the government in question, or if the statement when received is not deemed to be satisfactory by the Governing Body, the latter shall have the right to publish the representation and the statement, if any, made in reply to it».

Otro procedimiento de denuncia, abierto sólo a los Estados, lo encontramos en el artículo 26 del Estatuto OIT²¹³, que prevé la creación de una Comisión de Investigación con poderes cuasi judiciales, la cual puede formular recomendaciones al Estado infractor²¹⁴. La decisión de la Comisión de Investigación es apelable ante la Corte Internacional de Justicia²¹⁵. En caso de incumplimiento por parte del Estado a las recomendaciones contenidas en el reporte de la Comisión de Investigación o de la eventual decisión de la Corte Internacional de Justicia en el recurso de apelación, el *Governing Body* puede recomendar a la Conferencia la acción que considere oportuna²¹⁶.

Sin embargo, se ha observado que en general los Estados firmantes, así como las organizaciones sindicales y empleadores, han recurrido poco a los instrumentos previstos por las disposiciones antes descritas, prefiriendo en cambio valerse de medios informales de presión²¹⁷.

1.7. El Segundo Decenio Internacional de los pueblos indígenas

El 11 de diciembre de 2004, la Asamblea General de las Naciones Unidas adoptaba la Resolución No. 59/174, que proclamaba el Segundo Decenio de los pueblos indígenas a partir del 1° de enero de 2005²¹⁸.

213. « 1. Any of the Members shall have the right to file a complaint with the International Labour Office if it is not satisfied that any other Member is securing the effective observance of any Convention which both have ratified in accordance with the foregoing articles. 2. The Governing Body may, if it thinks fit, before referring such a complaint to a Commission of Inquiry, as hereinafter provided for, communicate with the government in question in the manner described in article 24. 3. If the Governing Body does not think it necessary to communicate the complaint to the government in question, or if, when it has made such communication, no statement in reply has been received within a reasonable time which the Governing Body considers to be satisfactory, the Governing Body may appoint a Commission of Inquiry to consider the complaint and to report thereon. 4. The Governing Body may adopt the same procedure either of its own motion or on receipt of a complaint from a delegate to the Conference. 5. When any matter arising out of article 25 or 26 is being considered by the Governing Body, the government in question shall, if not already represented thereon, be entitled to send a representative to take part in the proceedings of the Governing Body while the matter is under consideration. Adequate notice of the date on which the matter will be considered shall be given to the government in question».

214. Arts. 27, 28, 29 num. 1.

215. Arts. 29, num. 2, 31, 32.

216. «In the event of any Member failing to carry out within the time specified the recommendations, if any, contained in the report of the Commission of Inquiry, or in the decision of the International Court of Justice, as the case may be, the Governing Body may recommend to the Conference such action as it may deem wise and expedient to secure compliance therewith».

217. S. J. ANAYA, *Indigenous Peoples*, cit., p. 162.

218. El primero, había tenido lugar desde 1995 al 2004, para el programa correspondiente cfr. www.unhchr.ch/html/menu6/2/fs9.htm.

De acuerdo con dicha Resolución, el Segundo Decenio de los pueblos indígenas tiene como objetivo reforzar la cooperación internacional para la solución de los problemas afrontados por los pueblos indígenas en áreas como la cultura, la educación, la salud, los derechos humanos, el medio ambiente y el desarrollo económico y social, por medio de programas orientados a la acción y a proyectos específicos, al incremento de la asistencia técnica y actividades de *standard-setting*²¹⁹.

La Resolución se basa en la Convención de Viena sobre los Derechos Humanos y la reivindicación a los derechos de los pueblos indígenas, al aporte que estos hacen al desarrollo y a la pluralidad de la sociedad²²⁰. Esta subraya la obligación de los Estados, de conformidad con el derecho internacional, de proteger los derechos de los pueblos indígenas sobre la base de los principios de igualdad y no-discriminación, reconociendo al mismo tiempo el valor y la diversidad de sus características de identidad, de cultura y de organización social²²¹.

El Plan de Acción correspondiente, está contenido en el Reporte presentado por el Secretario General de las Naciones Unidas de agosto 18 de 2005. Con dicho Reporte, los objetivos del Decenio se especifican como sigue a continuación:

- a) promover la no-discriminación e inclusión de los pueblos indígenas en la elaboración, actuación y evaluación de los procesos a nivel internacional, regional y nacional de las leyes, políticas, recursos, programas y proyectos;
- b) promover la participación plena y efectiva de los pueblos indígenas en las decisiones que directa o indirectamente estén relacionadas con sus modos de vida, tierras y territorios tradicionales, su integridad cultural como pueblos indígenas con derechos colectivos, así como cualquier otro aspecto de sus vidas, considerando el principio del libre consentimiento, previo e informado;
- c) redefinir políticas de desarrollo que basadas en una visión de equidad y que sean culturalmente adecuadas, incluyendo el respeto por la diversidad cultural y lingüística de los pueblos indígenas;
- d) adoptar políticas, programas, proyectos y financiación para el desarrollo de los pueblos indígenas, incluyendo parámetros de referencia concretos y un énfasis particular en las mujeres, los niños y los jóvenes indígenas;

219. Punto 2.

220. *Infra*.

221. Segundo considerando, *ibidem*.

- e) desarrollar estrictos mecanismos de supervisión y llevar la *accountability* a los niveles internacional, regional y en especial nacional, de los marcos legales, políticos y operativos para la protección de los pueblos indígenas y el mejoramiento de sus vidas²²².

En el *Addendum* del Reporte apenas mencionado, el Alto Comisionado para los Derechos Humanos ha puntualizado las actividades a desarrollarse en los diferentes niveles, en los siguientes términos:

- a) nivel internacional: adopción de la Declaración sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas y preparación de un comentario sobre su aplicación; analizar y adoptar un instrumento vinculante sobre los derechos de los pueblos indígenas antes del final del Decenio; elaboración y publicación de *standards* relacionados con los derechos humanos, directivas, principios y comentarios sobre asuntos relacionados con los pueblos indígenas; continuar con los esfuerzos llevados a cabo por los organismos de supervisión de los tratados sobre derechos humanos; continuar y reforzar los programas de formación; actividades de investigación y análisis; reforzar las capacidades de respuesta ante las emergencias y los asuntos de paz y seguridad;
- b) nivel regional: reforzar la cooperación entre los mecanismos de protección de los derechos humanos a nivel internacional y regional;
- c) nivel nacional: desarrollo de las actividades, especialmente con la inclusión de representantes indígenas en los planos nacionales; desarrollo de actividades específicas sobre los pueblos indígenas, por recomendación del *Special Rapporteur*.

2. Los pueblos indígenas en las Conferencias Internacionales

2.1. Premisa

Paralelamente a la evolución tratada en el párrafo anterior, de la cual surgiría como resultado normativo principal la Declaración sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, de la cual hablaremos en el párrafo siguiente, los pueblos indígenas encontraron lugar en las Conferencias Globales organizadas por las Naciones

222. Punto 9.

Unidas sobre una serie de temas de interés general para la comunidad internacional, que representan una respuesta significativa a los desafíos más importantes propuestos por la globalización en diferentes áreas y que cuando menos han tenido el mérito de aumentar y tratar de organizar las reacciones antes dispersas o aisladas, frente a problemas objetivamente comunes²²³.

Estas Conferencias han generado además, más allá de la forma que han ido asumiendo, oportunidades importantes de encuentro y movilización de la sociedad civil, dando lugar a que también las organizaciones indígenas puedan profundizar en el diálogo y fortalecer la coordinación tanto dentro de su propio ámbito, como con otros componentes sociales.

En los últimos veinte años, precisamente a partir del *Forum* alternativo que tuvo lugar en Rio de Janeiro en concomitancia con la UNCED²²⁴, se han registrado iniciativas autónomas de la sociedad civil, que han alcanzado su propio perfil específico relevante, especialmente con los diversos *Forum* Sociales mundiales que después tuvieron lugar en Porto Alegre, Mumbai, Caracas, hasta el de Belén de enero de 2009, que dedicó gran atención a las cuestiones planteadas por los pueblos indígenas²²⁵.

Volviendo a las Conferencias Intergubernamentales, damos a continuación una breve reseña de cómo fue abordada la cuestión de los pueblos indígenas, en particular por las Conferencias que fueron dedicadas, respectivamente, al medio ambiente y desarrollo, derechos humanos, población, desarrollo social, las mujeres y el racismo.

UNCED

No es una casualidad que la primera oportunidad de aparición de los pueblos indígenas en una conferencia internacional haya sido ofrecida por la Conferencia

223. Para decirlo con M. G. SCHECHTER, *United Nations Global Conferences*, London-New York, Routledge, 2005, p. 9: «all UN global conferences seek to raise global consciousness about a particular problem, hoping to change the dominant attitudes surrounding the definition of the issue or, stated differently, to treat as global challenges issues heretofore treated only as local or regional problems».

224. Cf. F. MARCELLI, «Il Forum globale delle ONG», en S. MARCHISIO, G. GARAGUSO, *Rio: Vertice per la Terra*, cit., pp. 71-89. Entre los «tratados» adoptados en dicha oportunidad cfr. aquel entre ONG y pueblos indígenas, en <http://habitat.igc.org/treaties/at-43.htm>.

225. Cf. F. DE NARDIS, «Movimenti globali», in F. MARCELLI, a cargo de, *Diritto internazionale*, cit., pp. 212-233.

de las Naciones Unidas sobre Medio Ambiente y Desarrollo (UNCED), que se llevó a cabo en Río de Janeiro en junio de 1992. En efecto, como ya se hizo notar, son muy fuertes los vínculos entre el tema indígena y la protección del medio ambiente, dada la forma respetuosa en que los pueblos indígenas se relacionan con la naturaleza, conocedores tanto de la necesidad de darle protección como de prácticas para su conservación y uso sostenible de sus recursos.

Debe recordarse que, en la Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y Desarrollo, el principio 22 está dedicado a las comunidades indígenas («indigenous people and their communities»), así como a las comunidades locales. La relación entre estas comunidades y el medio ambiente ofrece un doble propósito: aprovechar el conocimiento y las prácticas tradicionales que confieren a dichas comunidades un «vital role» en la gestión y en el desarrollo ambientales, y para tal fin, promover su participación efectiva en la obtención del desarrollo sostenible y el reconocimiento y conservación de su identidad, cultura e intereses²²⁶.

El Preámbulo de la Convención sobre Diversidad Biológica, firmada en Río durante la UNCED, reconoce la estrecha relación entre las comunidades indígenas y diversidad biológica y la conveniencia de compartir equitativamente los beneficios derivados de los conocimientos tradicionales, prácticas e innovaciones concernientes a la conservación de la diversidad biológica y al uso sostenible de sus componentes²²⁷.

En consecuencia, el artículo 8, literal *j*, de la Convención, dedicado a la conservación *in situ*, dispone que cada Parte respetará, preservará y mantendrá los conocimientos, innovaciones y prácticas de las comunidades indígenas y locales que incorporen modos de vida tradicionales importantes para la conservación y el uso sostenible de la diversidad biológica, y promoverá una mayor aplicación de

226. «Indigenous people and their communities and other local communities have a vital role in environmental management and development because of their knowledge and traditional practices. States should recognize and duly support their identity, culture and interests and enable their effective participation in the achievement of sustainable development».

227. «Recognizing the close and traditional dependence of many indigenous and local communities embodying traditional lifestyles on biological resources, and the desirability of sharing equitably benefits arising from the use of traditional knowledge, innovations and practices relevant to the conservation of biological diversity and the sustainable use of its components».

estos con la aprobación y participación de los titulares, a la vez que fomentará la distribución equitativa de los beneficios que se obtengan²²⁸.

En la Convención, hacen falta en cambio, referencias específicas a los pueblos indígenas sobre el cambio climático, pero esto no ha impedido el desarrollo de una práctica internacional sólida en este sentido, caracterizada principalmente por una importante y creciente participación de los representantes indígenas en diversos *forum* sobre la materia²²⁹.

El principio No. 2 de la Declaración de Principios sobre los Bosques, adoptada en Rio, contiene en cambio, en su literal *d*, una referencia explícita a la obligación de los gobiernos de promover y favorecer la participación, entre otros, de los pueblos indígenas al desarrollo, creación, programación y ejecución de políticas forestales nacionales²³⁰. Según el literal *a* del principio 5, estas políticas deben reconocer y mantener la identidad, cultura y derechos de estos pueblos y se deben promover condiciones favorables para su participación en el uso de los bosques, de forma tal que se garantice su identidad cultural, organización social y supervivencia económica²³¹. También el literal *a* del principio 12, hace referencia al uso de los conocimientos indígenas para la conservación y el uso sostenible de los bosques²³².

228. «Each Contracting Party shall, as far as possible and as appropriate: ... Subject to national legislation, respect, preserve and maintain knowledge, innovations and practices of indigenous and local communities embodying traditional lifestyles relevant for the conservation and sustainable use of biological diversity and promote their wider application with the approval and involvement of the holders of such knowledge, innovations and practices and encourage the equitable sharing of the benefits arising from the utilization of such knowledge innovations and practices».

229. Sobre las relaciones entre pueblos indígenas y cambio climático, véase *infra* el aporte de Francesco Martone, así como www.tyndall.ac.uk/publications/Indigenouspeoples.pdf, con amplia bibliografía.

230. «Governments should promote and provide opportunities for the participation of interested parties, including local communities and indigenous people, industries, labour, non-governmental organizations and individuals, forest dwellers and women, in the development, implementation and planning of national forest policies».

231. «National forest policies should recognize and duly support the identity, culture and the rights of indigenous people, their communities and other communities and forest dwellers. Appropriate conditions should be promoted for these groups to enable them to have an economic stake in forest use, perform economic activities, and achieve and maintain cultural identity and social organization, as well as adequate levels of livelihood and well-being, through, inter alia, those land tenure arrangements which serve as incentives for the sustainable management of forests».

232. « Appropriate indigenous capacity and local knowledge regarding the conservation and sustainable development of forests should, through institutional and financial support and in collaboration with the people in the local communities concerned, be recognized, respected, recorded, developed and, as appropriate, introduced in the implementation of programmes. Benefits arising from the utilization of indigenous knowledge should therefore be equitably shared with such people».

Pero es la Agenda 21, el Plan de Acción acordado en Río, la que en su Capítulo 26, Sección III, tiene que ver con la contribución de los diversos grupos sociales a la protección del medio ambiente a los pueblos indígenas. Esta situación, encuentra su origen en la relación que tienen los pueblos con la tierra y con la ciencia del conocimiento holístico tradicional que han desarrollado. Este rol debe ser fortalecido, especialmente teniendo en cuenta el hecho de que factores históricos han limitado fuertemente su participación (punto 26.1)²³³. Se subraya además, cómo algunos de los objetivos de la Agenda, se encuentran ya contenidos en el Convenio OIT No. 169 y en el proyecto de Declaración sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas (punto 26.2)²³⁴.

Los objetivos fijados son: a) el *empowerment* de los pueblos y de las comunidades indígenas mediante políticas de orden nacional e instrumentos jurídicos adecuados, el reconocimiento de la necesidad de proteger las tierras y las comunidades de determinadas actividades nocivas, el reconocimiento de sus valores y prácticas, el reconocimiento de su dependencia de los recursos renovables, el establecimiento de mecanismos nacionales para resolver las controversias relativas a la utilización del suelo, el apoyo con recursos a los medios de producción alternativos ambientalmente sanos y el aumento de la *capacity-building* de los pueblos indígenas ; b) el establecimiento de *arrangements* que permitan la participación efectiva de los pueblos indígenas en la formulación de políticas y

233. «Indigenous people and their communities have an historical relationship with their lands and are generally descendants of the original inhabitants of such lands. In the context of this chapter the term «lands» is understood to include the environment of the areas which the people concerned traditionally occupy. Indigenous people and their communities represent a significant percentage of the global population. They have developed over many generations a holistic traditional scientific knowledge of their lands, natural resources and environment. Indigenous people and their communities shall enjoy the full measure of human rights and fundamental freedoms without hindrance or discrimination. Their ability to participate fully in sustainable development practices on their lands has tended to be limited as a result of factors of an economic, social and historical nature. In view of the interrelationship between the natural environment and its sustainable development and the cultural, social, economic and physical well-being of indigenous people, national and international efforts to implement environmentally sound and sustainable development should recognize, accommodate, promote and strengthen the role of indigenous people and their communities».

234. «Some of the goals inherent in the objectives and activities of this programme area are already contained in such international legal instruments as the ILO Indigenous and Tribal Peoples Convention (No. 169) and are being incorporated into the draft universal declaration on indigenous rights, being prepared by the United Nations working group on indigenous populations. The International Year for the World's Indigenous People (1993), proclaimed by the General Assembly in its resolution 45/164 of 18 December 1990, presents a timely opportunity to mobilize further international technical and financial cooperation».

leyes nacionales sobre gestión y otros procesos de desarrollo con los que pudiesen verse afectados; c) la participación de estos pueblos en la gestión y conservación de los recursos²³⁵.

Para tales fines, están previstas varias actividades, entre las cuales la aplicación de los instrumentos internacionales relacionados con dichos temas y la creación de políticas específicas encaminadas a tutelar la propiedad intelectual de los indígenas y su derecho a mantener sus sistemas de gestión tradicionales²³⁶, el establecimiento de *focal points* al interior de las organizaciones internacionales y de oportunidades de coordinación, así como la financiación de programas de *capacity-building*, investigación, capacitación y apoyo financiero a través de fondos específicos para facilitar la incorporación de valores, perspectivas y prácticas indígenas en lo que

235. «In full partnership with indigenous people and their communities, Governments and, where appropriate, intergovernmental organizations should aim at fulfilling the following objectives: (a) Establishment of a process to empower indigenous people and their communities through measures that include: Adoption or strengthening of appropriate policies and/or legal instruments at the national level; Recognition that the lands of indigenous people and their communities should be protected from activities that are environmentally unsound or that the indigenous people concerned consider to be socially and culturally inappropriate; Recognition of their values, traditional knowledge and resource management practices with a view to promoting environmentally sound and sustainable development; Recognition that traditional and direct dependence on renewable resources and ecosystems, including sustainable harvesting, continues to be essential to the cultural, economic and physical well-being of indigenous people and their communities; Development and strengthening of national dispute-resolution arrangements in relation to settlement of land and resource-management concerns; Support for alternative environmentally sound means of production to ensure a range of choices on how to improve their quality of life so that they effectively participate in sustainable development; Enhancement of capacity-building for indigenous communities, based on the adaptation and exchange of traditional experience, knowledge and resource-management practices, to ensure their sustainable development (b) Establishment, where appropriate, of arrangements to strengthen the active participation of indigenous people and their communities in the national formulation of policies, laws and programmes relating to resource management and other development processes that may affect them, and their initiation of proposals for such policies and programmes; (c) Involvement of indigenous people and their communities at the national and local levels in resource management and conservation strategies and other relevant programmes established to support and review sustainable development strategies, such as those suggested in other programme areas of Agenda 21».

236. «Some indigenous people and their communities may require, in accordance with national legislation, greater control over their lands, self-management of their resources, participation in development decisions affecting them, including, where appropriate, participation in the establishment or management of protected areas. The following are some of the specific measures which Governments could take: (a) Consider the ratification and application of existing international conventions relevant to indigenous people and their communities (where not yet done) and provide support for the adoption by the General Assembly of a declaration on indigenous rights; (b) Adopt or strengthen appropriate policies and/or legal instruments that will protect indigenous intellectual and cultural property and the right to preserve customary and administrative systems and practices».

respecta a las actividades de gestión de los recursos²³⁷. Los gobiernos deberán establecer mecanismos de consulta con los pueblos indígenas y cooperar a nivel regional²³⁸ en este sentido. Sus medios de ejecución son de tipo financiero²³⁹, legal y administrativo²⁴⁰ y los correspondientes a recursos humanos²⁴¹.

-
237. «26.5. United Nations organizations and other international development and finance organizations and Governments should, drawing on the active participation of indigenous people and their communities, as appropriate, take the following measures, inter alia, to incorporate their values, views and knowledge, including the unique contribution of indigenous women, in resource management and other policies and programmes that may affect them: (a) Appoint a special focal point within each international organization, and organize annual interorganizational coordination meetings in consultation with Governments and indigenous organizations, as appropriate, and develop a procedure within and between operational agencies for assisting Governments in ensuring the coherent and coordinated incorporation of the views of indigenous people in the design and implementation of policies and programmes. Under this procedure, indigenous people and their communities should be informed and consulted and allowed to participate in national decision-making, in particular regarding regional and international cooperative efforts. In addition, these policies and programmes should take fully into account strategies based on local indigenous initiatives; (b) Provide technical and financial assistance for capacity-building programmes to support the sustainable self-development of indigenous people and their communities; (c) Strengthen research and education programmes aimed at: Achieving a better understanding of indigenous people's knowledge and management experience related to the environment, and applying this to contemporary development challenges; Increasing the efficiency of indigenous people's resource management systems, for example, by promoting the adaptation and dissemination of suitable technological innovations; (d) Contribute to the endeavours of indigenous people and their communities in resource management and conservation strategies (such as those that may be developed under appropriate projects funded through the Global Environment Facility and the Tropical Forestry Action Plan) and other programme areas of Agenda 21, including programmes to collect, analyse and use data and other information in support of sustainable development projects».
238. «26.6. Governments, in full partnership with indigenous people and their communities should, where appropriate:
- (a) Develop or strengthen national arrangements to consult with indigenous people and their communities with a view to reflecting their needs and incorporating their values and traditional and other knowledge and practices in national policies and programmes in the field of natural resource management and conservation and other development programmes affecting them;
 - (b) Cooperate at the regional level, where appropriate, to address common indigenous issues with a view to recognizing and strengthening their participation in sustainable development».
239. «The Conference secretariat has estimated the average total annual cost (1993-2000) of implementing the activities of this programme to be about \$3 million on grant or concessional terms. These are indicative and order-of-magnitude estimates only and have not been reviewed by Governments. Actual costs and financial terms, including any that are non-concessional, will depend upon, inter alia, the specific strategies and programmes Governments decide upon for implementation ».
240. «Governments should incorporate, in collaboration with the indigenous people affected, the rights and responsibilities of indigenous people and their communities in the legislation of each country, suitable to the country's specific situation. Developing countries may require technical assistance to implement these activities».
241. «International development agencies and Governments should commit financial and other resources to education and training for indigenous people and their communities to develop their capacities to achieve their sustainable self-development, and to contribute to and participate in sustainable and equitable development at the national level. Particular attention should be given to strengthening the role of indigenous women».

2.2. Derechos Humanos

El punto No. 20 de la Declaración final de la Conferencia de Viena sobre Derechos Humanos de 1993 reconoce la contribución de los pueblos indígenas al desarrollo y al pluralismo en la sociedad, solicitando a los gobiernos asegurar la participación, especialmente respecto a las cuestiones que les afecten directamente, así como a garantizar el respeto de sus derechos²⁴². Los puntos 28-32 del Plan de Acción, también están dedicados a los pueblos indígenas y se dirigen fundamentalmente a reforzar los instrumentos de reglamentación y organización dedicados a estos en el marco del Sistema de las Naciones Unidas, en especial en la Declaración sobre Derechos de los Pueblos Indígenas que se encuentra en la fase de elaboración²⁴³.

2.3. Población

El Plan de Acción aprobado en la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Población y Desarrollo celebrada en el Cairo del 5 al 13 de septiembre de 1994,

-
242. «The World Conference on Human Rights recognizes the inherent dignity and the unique contribution of indigenous people to the development and plurality of society and strongly reaffirms the commitment of the international community to their economic, social and cultural well-being and their enjoyment of the fruits of sustainable development. States should ensure the full and free participation of indigenous people in all aspects of society, in particular in matters of concern to them. Considering the importance of the promotion and protection of the rights of indigenous people, and the contribution of such promotion and protection to the political and social stability of the States in which such people live, States should, in accordance with international law, take concerted positive steps to ensure respect for all human rights and fundamental freedoms of indigenous people, on the basis of equality and non-discrimination, and recognize the value and diversity of their distinct identities, cultures and social organization».
243. «28. The World Conference on Human Rights calls on the Working Group on Indigenous Populations of the Sub-Commission on Prevention of Discrimination and Protection of Minorities to complete the drafting of a declaration on the rights of indigenous people at its eleventh session. 29. The World Conference on Human Rights recommends that the Commission on Human Rights consider the renewal and updating of the mandate of the Working Group on Indigenous Populations upon completion of the drafting of a declaration on the rights of indigenous people. 30. The World Conference on Human Rights also recommends that advisory services and technical assistance programmes within the United Nations system respond positively to requests by States for assistance which would be of direct benefit to indigenous people. The World Conference on Human Rights further recommends that adequate human and financial resources be made available to the Centre for Human Rights within the overall framework of strengthening the Centre's activities as envisaged by this document. 31. The World Conference on Human Rights urges States to ensure the full and free participation of indigenous people in all aspects of society, in particular in matters of concern to them. 32. The World Conference on Human Rights recommends that the General Assembly proclaim an international decade of the world's indigenous people, to begin from January 1994, including action-orientated programmes, to be decided upon in partnership with indigenous people. An appropriate voluntary trust fund should be set up for this purpose. In the framework of such a decade, the establishment of a permanent forum for indigenous people in the United Nations system should be considered».

toma en consideración a los pueblos indígenas de manera específica en sus puntos 6.21-6.23, en los cuales subraya la particularidad de la situación, desde el punto de vista del aumento demográfico²⁴⁴. La permanente opresión y discriminación²⁴⁵, así como la necesidad de satisfacer las aspiraciones, haciendo referencia al primer Decenio de los Pueblos Indígenas, cuyo propósito es el fortalecimiento de la cooperación internacional para la solución de los problemas afrontados por ellos y del cual se declara la unión de los temas tratados en la Conferencia²⁴⁶.

2.4. Desarrollo Social

La Cumbre de Jefes de Estado y de Gobierno, reunidos en Copenhague del 6 al 12 de marzo de 1995, por invitación de las Naciones Unidas, manifestó su adhesión a la visión política, económica, ética y espiritual del desarrollo social basado en la dignidad humana, los derechos humanos, la igualdad, el respeto, la paz, la democracia y la responsabilidad y cooperación recíproca, así como sobre el

-
244. «6.21. Indigenous people have a distinct and important perspective on population and development relationships, frequently quite different from those of the populations with which they interrelate within national boundaries. In some regions of the world, indigenous people, after long periods of population loss, are experiencing steady and in some places rapid population growth resulting from declining mortality, although morbidity and mortality are generally still much higher than for other sections of the national population. In other regions, however, they are still experiencing a steady population decline as a result of contact with external diseases, loss of land and resources, ecological destruction, displacement, resettlement and disruption of their families, communities and social systems»
245. «6.22. The situation of many indigenous groups is often characterized by discrimination and oppression, which are sometimes even institutionalized in national laws and structures of governance. In many cases, unsustainable patterns of production and consumption in the society at large are a key factor in the ongoing destruction of the ecological stability of their lands, as well as in an ongoing exertion of pressure to displace them from those lands. Indigenous people believe that recognition of their rights to their ancestral lands is inextricably linked to sustainable development. Indigenous people call for increased respect for indigenous culture, spirituality, lifestyles and sustainable development models, including traditional systems of land tenure, gender relations, use of resources and knowledge and practice of family planning. At national, regional and international levels, the perspectives of indigenous people have gained increasing recognition, as reflected, inter alia, in the presence of the Working Group on Indigenous Populations at the United Nations Conference on Environment and Development, and the proclamation by the General Assembly of the year 1993 as the International Year of the World's Indigenous People».
246. 6.23. The decision of the international community to proclaim an International Decade of the World's Indigenous People, to commence on 10 December 1994, represents a further important step towards fulfilment of the aspirations of indigenous people. The goal of the Decade, which is the strengthening of international cooperation for the solution of problems faced by indigenous people in such areas as human rights, the environment, development, education and health, is acknowledged as directly related to the purpose of the International Conference on Population and Development and the present Programme of Action. Accordingly, the distinct perspectives of indigenous people are incorporated throughout this Programme of Action within the context of its specific chapters».

completo respeto por los diferentes valores religiosos y éticos y los *backgrounds* culturales de los pueblos.

Es por esto que la Cumbre expresó su voluntad de dar la más alta prioridad a la promoción del desarrollo social, de la justicia y del mejoramiento de la condición humana en las políticas y acciones nacionales, regionales e internacionales, basadas en la participación plena de todos²⁴⁷. Para este propósito, se creará un marco de acción, dirigido, además, a reconocer y apoyar a los pueblos indígenas en su búsqueda del desarrollo económico y social, con total respeto de su identidad, sus tradiciones, formas de organización social y valores.²⁴⁸

En consecuencia, los compromisos específicos relativos a los pueblos indígenas están incluidos dentro de los compromisos para la promoción de los derechos humanos²⁴⁹, en relación con los temas de género²⁵⁰ y las problemáticas de la educación y la salud²⁵¹.

2.5. Mujeres

La Plataforma de Acción de la Cuarta Conferencia de las Naciones Unidas sobre la Mujer celebrada en Pequín en septiembre de 1995, pone de relieve, en el punto

247. «25. We heads of State and Government are committed to a political, economic, ethical and spiritual vision for social development that is based on human dignity, human rights, equality, respect, peace, democracy, mutual responsibility and cooperation, and full respect for the various religious and ethical values and cultural backgrounds of people. Accordingly, we will give the highest priority in national, regional and international policies and actions to the promotion of social progress, justice and the betterment of the human condition, based on full participation by all».

248. «26. To this end, we will create a framework for action to:... (m) Recognize and support indigenous people in their pursuit of economic and social development, with full respect for their identity, traditions, forms of social organization and cultural values».

249. *Commitment* n. 4, « f) Recognize and respect the right of indigenous people to maintain and develop their identity, culture and interests, support their aspirations for social justice and provide an environment that enables them to participate in the social, economic and political life of their country».

250. *Commitment* n. 5, « b) Establish structures, policies, objectives and measurable goals to ensure gender balance and equity in decision-making processes at all levels, broaden women's political, economic, social and cultural opportunities and independence, and support the empowerment of women, including through their various organizations, especially those of indigenous women, those at the grass-roots level, and those of poverty-stricken communities, including through affirmative action, where necessary, and also through measures to integrate a gender perspective in the design and implementation of economic and social policies».

251. *Commitment* n. 6, « (g) Recognize and support the right of indigenous people to education in a manner that is responsive to their specific needs, aspirations and cultures, and ensure their full access to health care».

32, el creciente reconocimiento que se ha dado en el transcurso del decenio pasado a los intereses y preocupaciones de las mujeres indígenas, que fortalecen a la comunidad con su identidad, tradiciones y formas de organización social, pero que tienen que afrontar barreras de naturaleza dual: como mujeres y como indígenas²⁵².

2.6. Racismo

Hay muchas referencias a los pueblos indígenas contenidas en la Declaración y en el Plan de Acción de Durban, aprobado en la Conferencia Mundial contra el Racismo, celebrada en la ciudad sudafricana del 31 de agosto al 8 de septiembre de 2001.

Internamente, los pueblos indígenas se consideran esencialmente como víctimas de los fenómenos negativos constituidos por el cuádrinomio «racismo – discriminación racial – xenofobia – intolerancia» a los cuales dicha Declaración y su correspondiente Plan de Acción, tratan de dar respuesta. Pero se enfrenta a una perspectiva más amplia que el mero resarcimiento-reintegración de los grupos históricamente desfavorecidos: la afirmación de la identidad indígena como componente de una sociedad multicultural y la promoción de la participación y del desarrollo local. Algunas cuestiones más amplias y complejas, como por ejemplo el tema de la libre determinación, se reenvían explícitamente a la sede donde se encontraba en curso la discusión sobre la Declaración sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas.

En primer lugar, el reconocimiento de la contribución de los pueblos indígenas al desarrollo político, económico, social, cultural y espiritual está expresado claramente en el Preámbulo de la Declaración²⁵³. En segundo lugar, los pueblos indígenas son mencionados entre las víctimas de la esclavitud y de la trata de esclavos, de

252. «The past decade has also witnessed a growing recognition of the distinct interests and concerns of indigenous women, whose identity, cultural traditions and forms of social organization enhance and strengthen the communities in which they live. Indigenous women often face barriers both as women and as members of indigenous communities».

253. «Recognizing that the World Conference against Racism, Racial Discrimination, Xenophobia and related Intolerance, in conjunction with the International Decade of the World's Indigenous People, present a unique opportunity to consider the invaluable contributions of indigenous peoples to political, economic, social, cultural and spiritual development throughout the world to our societies, as well as the challenges faced by them, including racism and racial discrimination».

los crímenes contra la humanidad caracterizados por la negación de la esencia de quienes son víctimas²⁵⁴, y en el punto catorce, entre las del colonialismo²⁵⁵.

A continuación, en el mismo capítulo, aparecen tres referencias finales a los pueblos indígenas. El punto 22 trata el problema de las estructuras políticas, legales y de las instituciones, las cuales, en algunos Estados, no corresponden a las características multiétnicas, pluriculturales y plurilingües de la población y que pueden, en muchos casos, constituir un importante factor de discriminación en la exclusión de los pueblos indígenas²⁵⁶. Se postula entonces, la necesaria transformación de los Estados, que deben adecuarse a las características plurales de las respectivas poblaciones. El discurso se profundiza en el siguiente punto 23, el cual, al reconocer los derechos de los pueblos indígenas que son compatibles con los principios de soberanía e integridad territorial de los Estados, afirma claramente la exigencia de adoptar las medidas necesarias a nivel constitucional, administrativo, legislativo y jurídico, incluyendo aquellas derivadas de la aplicación de la normatividad internacional relevante²⁵⁷. El único límite expresamente impuesto a las mencionadas reformas es, por lo tanto, lo que se refiere a la intangibilidad de las fronteras internacionalmente establecidas. El sentido de este límite se confirma y desarrolla posteriormente por el punto 24, al declarar que el uso del término «pueblos» referido a aquellos indígenas, no comporta prejuicios para negociaciones en curso sobre temas específicamente relacionados con la materia y no puede

254. «We acknowledge that slavery and the slave trade, including the transatlantic slave trade, were appalling tragedies in the history of humanity not only because of their abhorrent barbarism but also in terms of their magnitude, organized nature and especially their negation of the essence of the victims, and further acknowledge that slavery and the slave trade are a crime against humanity and should always have been so, especially the transatlantic slave trade and are among the major sources and manifestations of racism, racial discrimination, xenophobia and related intolerance, and that Africans and peoples of African descent, Asian and people of Asian descent and indigenous peoples were victims of these acts and continue to be victims of their consequences».

255. «We recognize that colonialism has led to racism, racial discrimination, xenophobia and related intolerance, and that Africans and people of African descent, and people of Asian descent and indigenous peoples were victims of colonialism and continue to be victims of its consequences. We acknowledge the suffering caused by colonialism and affirm that, wherever and whenever it occurred, it must be condemned and its reoccurrence prevented. We further regret that the effects and persistence of these structures have been among the factors contributing to lasting social and economic inequalities in many parts of the world today».

256. «We express our concern that in some States political and legal structures or institutions, some of which were inherited and persist today, do not correspond to the multi-ethnic, pluricultural and plurilingual characteristics of the population and, in many cases, constitute an important factor of discrimination in the exclusion of indigenous peoples».

257. «We fully recognize the rights of indigenous peoples consistent with the principles of sovereignty and territorial integrity of States, and therefore stress the need to adopt the appropriate constitutional, administrative, legislative and judicial measures, including those derived from applicable international instruments».

ser interpretado como atributo de derechos exigibles en el ámbito del ordenamiento internacional²⁵⁸.

El tema es tratado nuevamente en el capítulo dedicado a las víctimas del racismo, de la discriminación racial, de la xenofobia y de la intolerancia relacionada con dichos fenómenos²⁵⁹. Ulteriores comentarios sobre los pueblos indígenas, están contenidos en los puntos 73, sobre los derechos de los niños a la autonomía cultural, y 103, sobre el racismo como desafíos para lograr la paz y cumplir con los derechos humanos. El Plan de Acción de la Declaración prevé, por lo tanto, la adopción de diversas medidas por parte de los Estados²⁶⁰.

258. «We declare that the use of the term «indigenous peoples» in the Declaration and Program of Action of the World Conference against Racism, Racial Discrimination, Xenophobia and Related Intolerance in the context of, and without prejudice to the outcome of, ongoing international negotiations on texts that specifically deal with this issue, and cannot be construed as having any implications as to rights under international law».
259. El punto 39 contiene el reconocimiento de situación de víctimas de los pueblos indígenas y afirma la necesidad de actuar para superar esta situación combatiendo, especialmente, la discriminación contra las personas de origen e identidad indígenas. El reconocimiento del valor y de la diversidad de las culturas y del patrimonio de los pueblos indígenas, se ve reafirmado por el siguiente punto 40, que finaliza con el pluralismo cultural y la participación con la finalidad de obtener dos objetivos de interés general para los respectivos Estados, a saber: los de la estabilidad política y social y los del desarrollo. Además, según el punto 41, la plena realización de los derechos humanos y de las libertades fundamentales por parte de los pueblos indígenas, es indispensable para eliminar el racismo, la discriminación racial, la xenofobia y la intolerancia; esto, debe darse con el pleno respeto de las características que los distinguen y de las iniciativas propias de estos pueblos. También el punto 42, que trata sobre la libertad de cualquier forma de discriminación, implica el respeto de los derechos humanos y de las libertades fundamentales. Se hacen aquí referencias precisas a la Declaración sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, que en ese entonces se encontraba en fase de preparación. El valor de la tierra y de los recursos naturales para los pueblos indígenas, fue reafirmado por el punto 43, que exhorta a los Estados a asegurar estas propiedades de conformidad con el derecho interno.²⁶² Los dos últimos puntos dentro de este capítulo, están dedicados a aspectos institucionales, enfatizando el rol positivo del *Forum* permanente sobre los asuntos indígenas (punto 44) y acogiendo con beneplácito el nombramiento de un Relator Especial para la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los pueblos indígenas (punto 45).
260. Dichas medidas están dirigidas a combatir las discriminaciones hacia los pueblos indígenas, a promover la participación y una mayor conciencia de sus culturas (punto 15); a promover la ocupación y el acceso a las actividades económicas por parte de los indígenas (punto 16); a establecer servicios para el desarrollo (punto 17); a atender las problemáticas de género (punto 18); a examinar la normatividad propia con el fin de eliminar cualquier contenido racista (punto 19); a cumplir con las obligaciones derivadas de los tratados estipulados con los pueblos indígenas (punto 20); a tener en cuenta las recomendaciones formuladas por los organismos representativos de los pueblos indígenas (punto 21); a establecer mecanismos idóneos para dar cumplimiento con todas las medidas mencionadas, a promover acciones en este sentido de común acuerdo con las organizaciones indígenas, las autoridades locales y las organizaciones no-gubernamentales, a promover la concientización social sobre la necesidad de medidas a favor de los pueblos indígenas, a consultar a los representantes indígenas sobre la puesta en marcha de las medidas que los afecten (punto 22); a tomar en consideración los particulares desafíos enfrentados por los indígenas que viven en situaciones urbanas, prestando especial atención a la necesidad de proteger, también en estas situaciones, la continuidad de su cultura y de su modo de vida (punto 23). En los programas contra el racismo, también en lo referente a los pueblos indígenas, debe ser incorporada una perspectiva de género (punto 50). La necesidad de respetar las culturas de los pueblos indígenas y promover la comprensión, está reafirmada por el punto 117.

3. Actuación de los Comité de Derechos Humanos

3.1 Premisa

También las decisiones de diferentes Comité de las Naciones Unidas sobre Derechos Humanos, toman en consideración el tema de los pueblos indígenas adoptando, a veces de forma entrelazada entre ellos, los puntos de vista que son concurrentes y complementarios de la lucha contra la discriminación, la promoción de los derechos de los indígenas en cuanto minorías y la afirmación de su derecho a la libre determinación.

Son varios los organismos de las Naciones Unidas, pertenecientes al sector de los derechos humanos, que se han pronunciado en cuestiones relacionadas con los pueblos indígenas, ya sea con decisiones de carácter general, o realizando observaciones relativas a Estados en particular respecto a determinados aspectos de sus políticas sobre la materia o interviniendo en casos individuales.

Al respecto, se evidenció la importancia de los reportes presentados periódicamente por los Estados y la consiguiente acción de monitoreo ejercida por los Organismos de las Naciones Unidas, afirmando que «[c]ontinuous or periodic international oversight of official behavior encourages states to secure, within their respective sphere of asserted authority, the implementation of human rights norms»²⁶¹.

Al respecto, se distinguen los procedimientos *treaty-based* y los que no lo son²⁶². Los primeros están previstos por los tratados de Derechos Humanos de los cuales forman parte, en cambio los segundos, son llevados a cabo por organismos dotados de competencia general en la materia de control sobre las violaciones de estos derechos, como el Consejo (Comisión) de los Derechos Humanos y su Subcomisión de Promoción y Protección de los Derechos Humanos. Los *Treaty-based* son, en cambio, las actividades de monitoreo llevadas a cabo por el Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y por el Comité de Derechos Humanos establecido por el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el cual puede también recibir reclamos individuales.

261. S. J. ANAYA, *Indigenous peoples*, cit., p. 152 s.

262. *Ibidem*, p. 154.

Están además, y más importantes aún, los procedimientos y pronunciamientos subsiguientes a las denuncias por violaciones específicas²⁶³. Aparte del mencionado procedimiento *de facto* afirmado en el seno del Grupo de Trabajo sobre Poblaciones Indígenas, se señalan al respecto las competencias del Consejo de Derechos Humanos y de su Subcomisión de Promoción y Protección de los Derechos Humanos, basadas en la Resolución 1235 (XLII) de 1967 del Consejo Económico y Social, pero que requiere la existencia de «gross violations» de los Derechos Humanos²⁶⁴. A esta disposición se recurrió en el caso, por ejemplo, de la masiva y sangrienta represión de los indígenas por parte del Gobierno de Guatemala durante los años Ochenta y parte de los Noventa²⁶⁵. Otro procedimiento al cual también se recurrió en cuestiones relacionadas con los pueblos indígenas, es la prevista por la Resolución 1503 (XLVIII) del Consejo Económico y Social, el cual prevé la recepción, por parte del Consejo de Derechos Humanos y de la Subcomisión, de comunicaciones provenientes de individuos y organizaciones no gubernamentales relacionadas con situaciones que revelen «a consistent pattern of gross and reliably attested violations of human rights».

3.2. La Recomendación General N° 23 del Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial

El Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial (CERD) ha dedicado a los pueblos indígenas su Recomendación General N° 23 del 18 de agosto de 1997. Esta Recomendación afirma, primero que todo, que el tema de los pueblos indígenas siempre ha estado en el centro de la atención del Comité, especialmente en el ejercicio de su competencia respecto al análisis de los reportes provenientes de los Estados Miembros, al tenor del artículo 9 de la Convención para la Eliminación de la Discriminación Racial²⁶⁶.

263. *Ibidem*, p. 153.

264. Cf. A. MARCHESI, *Diritti umani e Nazioni Unite. Diritti, obblighi e garanzie*, Milano, Franco Angeli, 2007, p. 73.

265. S. J. ANAYA, *Indigenous peoples*, cit., p. 160.

266. «1. States Parties undertake to submit to the Secretary-General of the United Nations, for consideration by the Committee, a report on the legislative, judicial, administrative or other measures which they have adopted and which give effect to the provisions of this Convention: (a) within one year after the entry into force of the Convention for the State concerned; and (b) thereafter every two years and whenever the Committee so requests. The Committee may request further information from the States Parties. 2. The Committee shall report annually, through the Secretary General, to the General Assembly of the United Nations on its activities and may make suggestions and general recommendations based on the examination of the reports and information received from the States Parties. Such suggestions and general recommendations shall be reported to the General Assembly together with comments, if any, from States Parties».

Consciente de los riesgos asumidos, históricamente y en la actualidad, por la cultura y la identidad de los pueblos indígenas a causa de las persecuciones de las cuales han sido objeto²⁶⁷, el Comité invita a los Estados a reconocer a los pueblos indígenas y sus culturas, a garantizar que no sean discriminados, a asegurar un desarrollo económico y social sostenible y compatible con sus características culturales, y a garantizar los derechos de participación democrática y de expresión cultural y lingüística²⁶⁸.

Además, un punto específico hace referencia a los derechos a la tierra que tienen los pueblos indígenas²⁶⁹. El CERD dio también una amplia interpretación del tema de la discriminación, llegando a invocar en varias oportunidades el principio de la libre determinación²⁷⁰.

Al contrario, en las temáticas relacionadas con los pueblos indígenas, no se hizo recurso al procedimiento de recurso individual previsto por el artículo 14 de la Convención para la Eliminación de la Discriminación Racial que prevé una declaración de aceptación, que por otra parte ha sido presentada por pocos Estados²⁷¹.

267. «The Committee is conscious of the fact that in many regions of the world indigenous peoples have been, and are still being, discriminated against and deprived of their human rights and fundamental freedoms and in particular that they have lost their land and resources to colonists, commercial companies and State enterprises. Consequently, the preservation of their culture and their historical identity has been and still is jeopardized».

268. «The Committee calls in particular upon States parties to: (a) Recognize and respect indigenous distinct culture, history, language and way of life as an enrichment of the State's cultural identity and to promote its preservation; (b) Ensure that members of indigenous peoples are free and equal in dignity and rights and free from any discrimination, in particular that based on indigenous origin or identity; (c) Provide indigenous peoples with conditions allowing for a sustainable economic and social development compatible with their cultural characteristics; (d) Ensure that members of indigenous peoples have equal rights in respect of effective participation in public life and that no decisions directly relating to their rights and interests are taken without their informed consent; (e) Ensure that indigenous communities can exercise their rights to practise and revitalize their cultural traditions and customs and to preserve and to practise their languages».

269. «The Committee especially calls upon States parties to recognize and protect the rights of indigenous peoples to own, develop, control and use their communal lands, territories and resources and, where they have been deprived of their lands and territories traditionally owned or otherwise inhabited or used without their free and informed consent, to take steps to return those lands and territories. Only when this is for factual reasons not possible, the right to restitution should be substituted by the right to just, fair and prompt compensation. Such compensation should as far as possible take the form of lands and territories.».

270. S. J. ANAYA, *Indigenous peoples*, cit., p. 157.

271. *Ibidem*, p. 163.

3.3. Observaciones del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales

También el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales dirige sus observaciones, de forma individual, a los Estados, teniendo en cuenta el análisis de sus prácticas respecto a estos derechos²⁷².

En una de estas, dirigida a los Estados Unidos, el CERD afirmó, entre otras cosas, la importancia de la Declaración sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas también para los Estados que no han participado en la aprobación de la misma²⁷³.

3.4. El Comité de Derechos Humanos

Además de hacer comentarios de carácter general o relativos a los reportes presentados por los Estados de manera individual, el Comité de Derechos Humanos examina los recursos de carácter individual que se hayan interpuesto de conformidad con el Protocolo Facultativo del Pacto Internacional sobre Derechos Civiles y Políticos.

Respecto a los pueblos indígenas, aplica el artículo 1 citado, relativo a la libre determinación, común al Pacto antes mencionado, y aquel sobre Derechos

272. Por ejemplo, las observaciones conclusivas del Comité sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales de Australia del 1° de septiembre de 2000 acentúan el aspecto de la discriminación, expresada en términos de «comparative disadvantage» de los aborígenes respecto al resto de la población, desde el punto de vista de los derechos económicos, sociales y culturales, especialmente en lo relacionado con el tema de la ocupación, la vivienda, la salud y la educación. Se anima al Estado australiano a proseguir con sus esfuerzos en la reconciliación con los pueblos indígenas y a mejorar su desventajosa situación. Se reconoce además, lo positivo de los esfuerzos realizados mediante la promoción de programas adoptados previa consulta con los representantes de los pueblos indígenas. La perspectiva del resarcimiento de la situación de discriminación, se funde de manera significativa con la del reconocimiento de los derechos de los aborígenes como minoría, como son la preservación de las tradiciones, lenguas y costumbres, así como la «afinidad fundamental» de los aborígenes con la tierra, que implica derechos específicos sobre las tierras tradicionales y el control de la explotación minera. Los comentarios a la temática de la participación de los indígenas en la elaboración de las normas que los involucran y a la cuestión de la tierra, indican la necesidad de una perspectiva jurídica que supere la óptica discriminatoria. Cfr. *Concluding Observations of the Committee on Economic, Social and Cultural Rights: Australia*, 1 de septiembre de 2000. E/C12/1/Add. 50. El mismo Comité hizo observaciones a los Estados latinoamericanos en mérito a sus políticas indígenas en la *Compilación de observaciones finales sobre países de América Latina y del Caribe (1989-2004)*. Cfr. [www2.ohchr.org/english/bodies/cescr/docs/publications/CESCR-Compilacion\(1989-2004\).pdf](http://www2.ohchr.org/english/bodies/cescr/docs/publications/CESCR-Compilacion(1989-2004).pdf).

273. CERD/USA/CO/6, February 2008, in www2.ohchr.org/english/bodies/cerd/docs/co/CERD-C-USA-CO-6.pdf, p. 5 e ss.

Económicos, Sociales y Culturales, y más frecuentemente el artículo 27 del Pacto Internacional sobre Derechos Civiles y Políticos, referido a las minorías²⁷⁴.

A pesar que la redacción de esta disposición sea en términos negativos («a ningún miembro de la minoría le debe ser negado el derecho...»), la jurisprudencia del Comité aclaró que pueden deducirse también obligaciones pasivas de protección, no sólo respecto a los actos de los Estados, sino también de aquellos de carácter privado²⁷⁵.

Los derechos garantizados, son esencialmente de naturaleza cultural en el sentido estricto de cultura, religiosos y lingüísticos. De todas formas, el Comité dio una interpretación amplia del término «cultura», hasta incluir también aquellos elementos de carácter material y económico. Por lo tanto, el artículo 27 fue interpretado de forma tal que asegurase la integridad cultural de los pueblos indígenas, incluyendo aspectos como el uso de la tierra, las actividades económicas y la organización política²⁷⁶. Una actividad más puede, en este sentido, llegar a constituir un elemento esencial de la cultura de una comunidad étnica²⁷⁷.

Esta posición, fue desarrollada de manera significativa en el caso *Ominayak, Chief of the Lubicon Lake Band vs. Canada*, en el cual el Comité se pronunció sobre la

274. «In those States in which ethnic, religious or linguistic minorities exist, persons belonging to such minorities shall not be denied the right, in community with the other members of their group, to enjoy their own culture, to profess their own religion, or to use the own language». El concepto de «minorías», tal como aparece inspirando dicha disposición, es especialmente amplio, no tiene requisitos tales como el asentamiento de estas en el territorio del Estado, durante un determinado período de tiempo y tampoco la necesidad de su reconocimiento por parte de este último, M. SCHEININ, *Indigenous peoples' rights under the International Covenant on Civil and Political Rights*, cit., p. 4

275. Véase la Recomendación General N° 23 del Comité según el cual «although Article 27 is expressed in negative terms, that Article, nevertheless, does recognize the existence of a «right» and requires that it shall not be denied. Consequently, a State party is under an obligation to ensure that the existence and the exercise of this right are protected against their denial or violation. Positive measures of protection are, therefore, required not only against the acts of the State party itself, whether through its legislative, administrative or judicial authorities, but also against the acts of other persons within the State party » (UN doc. HR1/GEN/1/Rev.5, pp. 147-150).

276. S. J. ANAYA, *Indigenous Peoples*, cit., p. 156.

277. Véase por ejemplo el punto 9.2 de la Opinión sobre el caso *Kitok v. Sweden*: «9.2 The regulation of an economic activity is normally a matter for the State alone. However, where that activity is an essential element in the culture of an ethnic community, its application to an individual may fall under article 27 of the Covenant(...)».

incompatibilidad de determinadas formas de explotación de los recursos económicos locales, con la cultura del pueblo indígena involucrado²⁷⁸. El recurso fue presentado alegando la violación del derecho a la libre determinación proclamado por el artículo 1 del Pacto sobre Derechos Civiles y Políticos, después que se llevó a cabo la expropiación, en beneficio de intereses privados, del territorio asignado a *Lubicon Lake Band*²⁷⁹; Canadá, al objetar la competencia del Comité, afirmaba que quienes pertenecían a *Lubicon Lake Band*, no conformaban un «pueblo» conforme lo expresa el artículo 1 del Pacto y que por lo tanto resultaba inadmisibile el recurso presentado por la violación del derecho a la libre determinación, teniendo en cuenta además, que el Protocolo Facultativo sólo permite recursos individuales y no reclamos colectivos²⁸⁰.

El Comité replicó que la cuestión de que *Lubicon Lake Band* conformase un pueblo o no, se extralimitaba claramente de sus competencias, pero que, aún siendo prevista por el Protocolo la presentación de recursos individuales, nada impide que grupos de individuos presenten colectivamente un recurso por la violación de

278. *Bernard Ominayak, Chief of the Lubicon Lake Band v. Canada* (comunicazione 167/1984), Views adopted 26 March 1990, Report of the Human Rights Committee, GAOR, thirty-eight session, Suppl. no. 40 (A/38/40), pp. 1-30. Puede verse también en www1.umn.edu/humanrts/undocs/session45/167-1984.htm. Especialmente el punto 32.2: «The Committee recognizes that the rights protected by article 27, include the right of persons, in community with others, to engage in economic and social activities which are part of the culture of the community to which they belong». Si veda anche il punto 33: «Historical inequities, to which the State party refers, and certain more recent developments threaten the way of life and culture of the Lubicon Lake Band, and constitute a violation of article 27 so long as they continue».

279. «2.1 The author alleges violations by the Government of Canada of the Lubicon Lake Band's right of self-determination and by virtue of that right to determine freely its political status and pursue its economic, social and cultural development, as well as the right to dispose freely of its natural wealth and resources and not to be deprived of its own means of subsistence. These violations allegedly contravene Canada's obligations under article 1, paragraphs 1 to 3, of the International Covenant on Civil and Political Rights».

280. «6.1 The Government of Canada submits that the communication, as it pertains to the right of self-determination, is inadmissible for two reasons. First, the right of self-determination applies to a «people» and it is the position of the Government of Canada that the Lubicon Lake Band is not a people within the meaning of article 1 of the Covenant. It therefore submits that the communication is incompatible with the provisions of the Covenant and, as such, should be found inadmissible under article 3 of the Protocol. Secondly, communications under the Optional Protocol can only be made by individuals and must relate to the breach of a right conferred on individuals. The present communication, the State party argues, relates to a collective right and the author therefore lacks standing to bring a communication pursuant to articles 1 and 2 of the Optional Protocol».

sus derechos²⁸¹. Consigue así que el recurso se considere admisible y que sea valorado a la luz del artículo 27 del Pacto²⁸².

El mérito del recurso se consideró también fundamentado, teniendo en cuenta que subsiste una amenaza contra la vida y la cultura de *Lubicon Lake Band*, determinada tanto por razones históricas como por eventos más recientes; pero al mismo tiempo, el Comité considera adecuada una no mejor precisada propuesta por Canadá²⁸³. El Comité regresó sobre el tema de la compatibilidad entre determinadas actividades económicas y la cultura indígena, en el caso *Länsman v.*

281. «32.1 The question has arisen of whether any claim under article 1 of the Covenant remains, the Committee's decision on admissibility notwithstanding. While all peoples have the right of self-determination and the right freely to determine their political status, pursue their economic, social and cultural development and dispose of their natural wealth and resources, as stipulated in article 1 of the Covenant, the question whether the Lubicon Lake Band constitutes a «people» is not an issue for the Committee to address under the Optional Protocol to the Covenant. The Optional Protocol provides a procedure under which individuals can claim that their individual rights have been violated. These rights are set out in part III of the Covenant, articles 6 to 27, inclusive. There is, however, no objection to a group of individuals, who claim to be similarly affected, collectively to submit a communication about alleged breaches of their rights».

282. «32.2 Although initially couched in terms of alleged breaches of the provisions of article 1 of the Covenant, there is no doubt that many of the claims presented raise issues under article 27. The Committee recognizes that the rights protected by article 27, include the right of persons, in community with others, to engage in economic and social activities which are part of the culture of the community to which they belong. Sweeping allegations concerning extremely serious breaches of other articles of the Covenant (6, 7, 14, para. 1, and 26), made after the communication was declared admissible, have not been substantiated to the extent that they would deserve serious consideration. The allegations concerning breaches of articles 17 and 23, paragraph 1, are similarly of a sweeping nature and will not be taken into account except in so far as they may be considered subsumed under the allegations which, generally, raise issues under article 27».

283. «33. Historical inequities, to which the State party refers, and certain more recent developments threaten the way of life and culture of the Lubicon Lake Band, and constitute a violation of article 27 so long as they continue. The State party proposes to rectify the situation by a remedy that the Committee deems appropriate within the meaning of article 2 of the Covenant. ». El Art. 2 concluye los deberes de los Estados firmantes del Pacto: « Article 2.1. Each State Party to the present Covenant undertakes to respect and to ensure to all individuals within its territory and subject to its jurisdiction the rights recognized in the present Covenant, without distinction of any kind, such as race, colour, sex, language, religion, political or other opinion, national or social origin, property, birth or other status. 2. Where not already provided for by existing legislative or other measures, each State Party to the present Covenant undertakes to take the necessary steps, in accordance with its constitutional processes and with the provisions of the present Covenant, to adopt such laws or other measures as may be necessary to give effect to the rights recognized in the present Covenant. 3. Each State Party to the present Covenant undertakes: (a) To ensure that any person whose rights or freedoms as herein recognized are violated shall have an effective remedy, notwithstanding that the violation has been committed by persons acting in an official capacity; (b) To ensure that any person claiming such a remedy shall have his right thereto determined by competent judicial, administrative or legislative authorities, or by any other competent authority provided for by the legal system of the State, and to develop the possibilities of judicial remedy; (c) To ensure that the competent authorities shall enforce such remedies when granted». Para una crítica de la actitud que tuvo el Comité en esta situación, definido como una «deferential stance» cfr. S. J. ANAYA, *Indigenous Peoples*, cit., p. 165 s.

Finland N° 1²⁸⁴, con el cual se propusieron, en el punto 9.5, dos criterios para examinar dicha compatibilidad: a) la actitud de las actividades económicas denunciadas, una cantera, de efectivamente negar el derecho del pueblo indígena al disfrute de sus propios derechos culturales en la región y por lo tanto la protección de las actividades tradicionales y b) la adopción de medidas adecuadas para asegurar la participación efectiva de los miembros de la minoría afectada por las decisiones²⁸⁵. En este caso, el Comité declaró que la actividad económica no constituía una amenaza para la cría de renos y que la comunidad había sido consultada²⁸⁶.

También en el caso *Länsman v. Finland* N° 2²⁸⁷, relacionado esta vez con el impacto de la actividad de tala de madera sobre la cultura tradicional, el Comité reafirmó en abstracto el derecho al disfrute del respectivo derecho, pero después concluyó que las actividades llevadas a cabo no eran tales como para constituir una amenaza para la cultura indígena²⁸⁸.

Hay que señalar que, en los dos casos *Länsman* el Comité delegó en la autoridad judicial nacional la apreciación de los méritos de la compatibilidad entre las actividades económicas y la cultura tradicional²⁸⁹.

284. *Ilmari Länsman et al. v. Finland (Länsman no. 1)* (communication 511/1992), views adopted 26 October 1994, report of the Human Rights Committee, vol. II, GAOR, Fiftieth Session, Suppl. no. 40 (A/50/40), pp. 66-76. Verlo en <http://www1.umn.edu/humanrts/undocs/html/vws511.htm>.

285. «The question that therefore arises in this case is whether the impact of the quarrying on Mount Riutusvaara is so substantial that it does effectively deny to the authors the right to enjoy their cultural rights in that region. The Committee recalls paragraph 7 of its General Comment on article 27, according to which minorities or indigenous groups have a right to the protection of traditional activities such as hunting, fishing or, as in the instant case, reindeer husbandry, and that measures must be taken «to ensure the effective participation of members of minority communities in decisions which affect them»».

286. Punto 9.6.

287. *Ilmari Länsman et al. v. Finland (Länsman no. 2)* (communication 671/1995), views adopted 30 October 1996, report of the Human Rights Committee, vol. II, UN Doc. A/56/40 (vol. II), pp. 191 – 204. El caso puede ser consultado *on-line* en la siguiente página web: <http://sim.law.uu.nl/SIM/CaseLaw/fulltextccpr.nsf/160f6e7f0fb318e8c1256d410033e0a1/7434312e43ff6a8a41256d5f00407152?OpenDocument>.

288. Punto 10.3: «Article 27 requires that a member of a minority shall not be denied the right to enjoy his culture. Measures whose impact amounts to a denial of the right are incompatible with the obligations under article 27. As noted by the Committee previously in its Views on case No. 511/1992, however, measures that have a certain limited impact on the way of life and the livelihood of persons belonging to a minority will not necessarily amount to a denial of the rights under article 27».

289. SCHEININ, *Indigenous peoples' rights*, cit., p. 8. Véase especialmente la segunda parte del punto 10.5: «The domestic courts considered specifically whether the proposed activities constituted a denial of article 27 rights. The Committee is not in a position to conclude, on the evidence before it, that the impact of logging plans would be such as to amount to a denial of the authors' rights under article 27 or that the finding of the Court of Appeal affirmed by the Supreme Court, misinterpreted and/or misapplied article 27 of the Covenant in the light of the facts before it».

Al contrario, en otra oportunidad, en el caso *Anni Äärelä and Näkkäläjärvi vs. Finland*, que también se centró en la compatibilidad de las actividades de corte de madera, con la cultura indígena tradicional, el Comité identifica una doble violación del principio del «*fair trial*», contenido en el artículo 14 del Pacto Internacional sobre Derechos Civiles y Políticos por parte del Tribunal de Apelación de Finlandia, que fue invitado a reconsiderar las peticiones de los actores, pero luego se declaraba en posesión de insuficiente información para poder tomar una decisión²⁹⁰.

Resulta además interesante que a veces sean los miembros de la comunidad a ser protegidos de esta: como por ejemplo en el caso de *Sandra Lovelace*, indígena excluida de la comunidad de los *Maliseet* después de haber contraído matrimonio con una persona ajena a la comunidad, pero que con posterioridad a la separación, solicitó ser readmitida. El Comité de Derechos Humanos consideró irracional el rechazo de la solicitud de readmisión en la comunidad, a la vez que el mismo no podía ser motivado por la necesidad de proteger la identidad de la tribu²⁹¹.

La competencia o no del derecho a la libre determinación a los pueblos indígenas ha sido la cuestión más controvertida, en el ámbito de la jurisprudencia del Comité²⁹². Sin embargo, el vínculo entre el artículo 27 y el artículo 1 del Pacto Internacional sobre los Derechos Civiles y Políticos fue afirmado en el caso *Mahuika*²⁹³, que nació de la impugnación, por parte de algunos representantes de los *Maori*, del *Treaty of Waitangi Fisheries Settlement Act*, considerado perjudicial para sus derechos.

290. *Anni Äärelä and Näkkäläjärvi v. Finland* (communication 779/1997), views adopted 24 October 2001, report of the Human Rights Committee, vol. II, UN Doc. A/57/40 (vol. II), pp. 117-130. Verlo en <http://www1.umn.edu/humanrts/undocs/779-1997.html>.

291. *Sandra Lovelace v. Canada* (comunicación N° 547/1993), Views adopted 30 July 1981, Report of the Human Rights Committee, GAOR, Thirty-sixth session, Suppl. No. 40 (A/36/40), pp. 166-75. Verlo también en http://www.lawsite.ca/WLSC/Lovelace_w.htm. Igual posición asumió el Comité en el caso *Kitok v. Sweden*, aunque aquí no se vislumbra una violación del Art. 27 puesto que la pérdida de la pertenencia a la comunidad, no impedía al individuo ejercer los derechos de la caza de los renos: « The Government contends that Ivan Kitok in practice can still continue his reindeer husbandry , although he cannot exercise this right under the same safe conditions as the metiers of the Sami community. Thus, it cannot be said that he has been prevented from «enjoying his own culture» » , *Ivan Kitok v. Sweden* (comunicación N°. 197/1985), Views adopted 27 July 1988, Report of the Human Rights Committee, GAOR, Forty-third session, Suppl. No. 40 (A/43/40), pp. 221-230. Verlo también en <http://www1.umn.edu/humanrts/undocs/197-1985.html>.

292. MAIVÄN CLECH LÄM, *At the Edge*, cit., p. xviii.

293. *Apirana Mahuika et al. v. New Zealand* (comunicación N° 24/1977), Views adopted 27 October 2000, Report of the Human Rights Committee, Vol. II, A/56/40(vol. II), pp 11-29
Cfr. www.law.nyu.edu/kingsburyb/spring04/indigenousPeoples/classmaterials/class4/4H_Mahuikaetal_v_NewZealandBayefsky_com.htm.

De hecho, en dicha ocasión el Comité de Derechos Humanos afirmó que el artículo 1 puede suministrar criterios para la interpretación del artículo 27²⁹⁴. La aplicabilidad del principio de la libre determinación para los pueblos indígenas, en especial en lo que tiene que ver con el tema del derecho a disponer de los recursos y a no ser privados de los medios de subsistencia, fue afirmado explícitamente por el Comité de Derechos Humanos en 1999 respecto a la situación de los pueblos indígenas en Canadá²⁹⁵.

En conclusiones más recientes del Comité, relativas a dicho Estado, se afirma la exigencia de garantizar la participación de los pueblos indígenas al monitoreo de la aplicación del Pacto²⁹⁶. También en el caso de México, el Comité de Derechos Humanos, en sus consideraciones sobre los derechos de los pueblos indígenas contenidas en las Observaciones Conclusivas del 27 de julio de 1999, hizo referencia expresa al derecho a la libre determinación. 1999²⁹⁷.

294. «9.2 The Committee observes that the Optional Protocol provides a procedure under which individuals can claim that their individual rights have been violated. These rights are set out in part III of the Covenant, articles 6 to 27, inclusive. (13) As shown by the Committee's jurisprudence, there is no objection to a group of individuals, who claim to be commonly affected, to submit a communication about alleged breaches of these rights. Furthermore, the provisions of article 1 may be relevant in the interpretation of other rights protected by the Covenant, in particular article 27».

295. «8. The Committee notes that, as the State party acknowledged, the situation of the aboriginal peoples remains «the most pressing human rights issue facing Canadians». In this connection, the Committee is particularly concerned that the State party has not yet implemented the recommendations of the Royal Commission on Aboriginal Peoples (RCAP). With reference to the conclusion by RCAP that without a greater share of lands and resources institutions of aboriginal self-government will fail, the Committee emphasizes that the right to self-determination requires, *inter alia*, that all peoples must be able to freely dispose of their natural wealth and resources and that they may not be deprived of their own means of subsistence (Art. 1, num. 2). The Committee recommends that decisive and urgent action be taken towards the full implementation of the RCAP recommendations on land and resource allocation. The Committee also recommends that the practice of extinguishing inherent aboriginal rights be abandoned as incompatible with article 1 of the Covenant». Concluding Observations of the Human Rights Committee, Canada, U.N. Doc. CCPR/C/79/Add.105 (1999). Verlas en <http://www1.umn.edu/humanrts/hrcommittee/canada1999.html>.

296. The State party should establish procedures, by which oversight of the implementation of the Covenant is ensured, with a view, in particular, to reporting publicly on any deficiencies. Such procedures should operate in a transparent and accountable manner, and guarantee the full participation of all levels of government and of civil society, including indigenous peoples».

297. Concluding observations of the Human Rights Committee: Mexico. 27/07/99. CCPR/C/79/Add.109.19: «Despite the acknowledgement in article 4 of the Constitution of the multicultural composition of the Mexican nation, originally founded by its indigenous peoples, and the determination of the State party to settle the question of self-determination for indigenous communities, article 27 of the Constitution seems to protect only certain categories of rights with regard to indigenous lands and still leaves the indigenous populations exposed to a wide range of human rights violations. The State party should take all necessary measures to safeguard for the indigenous communities respect for the rights and freedoms to which they are entitled individually and as a group; to eradicate the abuses to which they are subjected; and to respect their customs and culture and their traditional patterns of living, enabling them to enjoy the usufruct of their lands and natural resources. Appropriate measures should also be taken to increase their participation in the country's institutions and the exercise of the right to self-determination([www.unhcr.ch/tbs/doc.nsf/\(Symbol\)/CCPR.C.79.Add.109.En?Opendocument](http://www.unhcr.ch/tbs/doc.nsf/(Symbol)/CCPR.C.79.Add.109.En?Opendocument))

Se ha observado que, si bien los gobiernos en general se han abstenido de hacer referencia al artículo 1 y al Principio de la libre determinación, el Comité ha considerado, cada vez más, que los reportes de los gobiernos relacionados con temas como la participación política y los derechos culturales y de autonomía de los grupos, entren nuevamente en la esfera de aplicación de la disposición antes mencionada²⁹⁸. No han faltado tampoco, los Estados que han hecho referencia expresa, incluso a veces de manera sorprendente, a la libre determinación²⁹⁹.

4. La Declaración sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas

4.1. Adopción

La Declaración sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas adoptada por la Asamblea General de las Naciones el 13 de septiembre de 2007 representa, al menos por el momento, el punto culminante de varias décadas de trabajo sobre este tema.

La adopción de la Declaración es parte de lo que se ha definido como la competencia de las Naciones Unidas para establecer una «network for the adoption of international norms and standards»³⁰⁰. Constituye también un testimonio significativo de la tendencia de la organización mundial a poner mayor énfasis cada vez sobre la seguridad humana y por lo tanto sobre la responsabilidad de los Estados en la protección de sus propios ciudadanos³⁰¹.

La Declaración fue aprobada con el voto favorable de 144 Estados Miembros de la Naciones Unidas, 11 abstenciones y sólo 4 votos en contra, los de Australia, Canadá, Nueva Zelanda y Estados Unidos. Cabe destacar cómo esta contó con el beneplácito de la gran mayoría de la comunidad internacional. Incluso los Estados que no viven esta situación de manera directa, dieron su voto favorable con la convicción que el trato que se debe dar a las poblaciones indígenas y la promoción y protección de sus derechos, constituye «una cuestión de principios»³⁰².

298. S. J. ANAYA, *Indigenous peoples*, cit., p. 157.

299. *Ibidem* para los casos de Estados Unidos y Colombia.

300. J. E. KRASNO «The UN Landscape: An Overview», en Ib. (ed.), *The United Nations. Confronting the Challenges of a Global Society*, Boulder-London, Lynne Renner Publishers, 2004, p. 3.

301. *Ibidem*.

302. En el mismo sentido, por ejemplo, el representante de Irán Baghaei Hamaneh, in United Nations, A/61/PV.108, cit., p. 1.

Pero más importante fue el rol de los Estados que tienen gran presencia de poblaciones indígenas, y particularmente aquellos de América Latina que han puesto en marcha y siguen introduciendo, mientras tanto, una producción significativa de medidas constitucionales y legislativas sobre la materia³⁰³.

La aprobación de la Declaración, es el resultado de un proceso muy largo y complejo. Las negociaciones correspondientes duraron casi treinta y cinco años y contó con la participación de Estados y organizaciones indígenas³⁰⁴.

Inicialmente, la Declaración se redactó en 1983, por el Grupo de Trabajo sobre Asuntos Indígenas, pero no logró un *consensus* sobre cada uno de los aspectos de la misma³⁰⁵. Sin embargo, después de diez años de discusiones, se llegó a un acuerdo. El borrador de la Declaración fue entonces sometido a consideración de la Subcomisión para la Promoción y Protección de los Derechos Humanos, quien a su vez aprobó el texto el año siguiente y lo envió a la Comisión de Derechos Humanos. Esta última, mediante la Resolución N° 32 del 3 marzo de 1995, resolvió establecer un Grupo de Trabajo interseccional, con el mandato de elaborar una propuesta para llevarla ante la Asamblea General de la Naciones Unidas.

Hay que resaltar el hecho de que la Resolución que acabamos de mencionar, preveía un procedimiento que permitía la participación activa de las organizaciones indígenas en la elaboración de la Declaración, aunque no podían ejercer el derecho al voto, ya que estaba reservado a las Delegaciones de los Estados Miembros de la Comisión de Derechos Humanos. Tanto las organizaciones indígenas, como las no gubernamentales y los Estados no Miembros de la Comisión, estaban en condición de simples observadores³⁰⁶.

Finalmente, el texto fue aprobado por el Consejo de Derechos Humanos (el cual había tomado el lugar de la Comisión) mediante Resolución N° 1/2 del 29 de junio de 2006.

303. Para una comparación interesante sobre el clima diferente que había acompañado la aprobación de la Convención 169 cfr. H.-J. HEINTZE, «International Law and Indigenous Peoples», in *Law and State*, 45, 1992, p. 37 s.

304. Cfr. www.iwgia.org/sw248.asp. El valor de este esfuerzo conjunto entre unos y otros, viene a ser destacado por la Declaración expedida por el Presidente de *Caucus* de los pueblos indígenas, Les Malezer: «The Declaration does not represent solely the viewpoint of the United Nations, nor does it represent solely the viewpoint of the indigenous peoples. It is a Declaration which combines our views and interests and which sets the framework for the future. It is a tool for peace and justice, based upon mutual recognition and mutual respect».

305. Según el representante indio, Malhotra, esto se debió a la «extreme complexity of the issues involved», *ibidem*.

306. www.iwgia.org/sw8516.asp.

La aprobación de la Asamblea General de las Naciones Unidas, fue hecha sólo el año siguiente a causa de la resistencia presentada por algunos Estados de África que habían participado solo de manera tangencial en las negociaciones de los años precedentes³⁰⁷ y sólo después que la Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos emitió su dictamen consultivo que disipaba las preocupaciones de los Estados africanos, verificando la plena compatibilidad de los principios contenidos en la Declaración con aquellos en los cuales se inspira la Carta africana de los Derechos Humanos y de los Pueblos y reiterando la garantía total en cuanto a la integridad de los Estados y de inviolabilidad de las fronteras.

4.2. Contenido

Las disposiciones de la Declaración sobre los derechos de los pueblos indígenas se pueden organizar y presentar como se mostrará a continuación³⁰⁸.

Sin embargo, es necesario tener presente que la clasificación propuesta puede asumir un determinado valor solo en el ámbito del reconocimiento de la profunda interconexión existente entre todos los artículos, y que los derechos de carácter general otorgados a los pueblos indígenas por su condición y aquellos que se refieren de manera específica a la libre determinación, se refuerzan mutuamente, mientras que ésta última es el *focus* de todo el sistema, o sea el objetivo al cual deben serle funcionales los otros derechos atribuidos a los pueblos indígenas así como también deben serlo las obligaciones de los Estados o de otros sujetos.

En el ámbito de las normas que garantizan el disfrute, por parte de los indígenas, de los derechos atribuidos a todos, tenemos el artículo 1 (derecho al disfrute pleno de todos los derechos humanos y las libertades fundamentales), el artículo 2, (derecho a no ser objeto de ningún tipo de discriminación en el ejercicio de sus derechos), el artículo 6 (derecho a la nacionalidad), el artículo 7, num. 1 (derecho a la vida, la integridad física y mental, la libertad y la seguridad de la persona), el artículo 14, num. 2 (derecho a la educación pública), el artículo 17 num. 1 (derechos relativos al trabajo), el artículo 17, num. 2 (derecho a no ser sometidos a condiciones discriminatorias en el trabajo), el artículo 17, num. 3 (protección de las condiciones discriminatorias de trabajo, de empleo y salario), el artículo 21, num. 1 (derecho al mejoramiento de las condiciones económicas y sociales), el artículo 22, num. 1

307. Cf. www.iwgia.org/sw21505.asp.

308. Para el texto completo de la Declaración, véase http://www.un.org/esa/socdev/unpfii/documents/DRIPS_es.pdf

(protección de los ancianos, mujeres, jóvenes, niños y discapacitados), el artículo 24, num. 1, segunda frase (derecho a acceder sin discriminación a todos los servicios sociales y de salud), el artículo 24, num. 2, primera frase (derecho a disfrutar del nivel más alto posible de salud física y mental).

Respecto a las normas que tutelan los derechos especiales de los pueblos indígenas, podemos distinguir:

- a) derechos de carácter general: artículo 7, num. 2 (derecho colectivo a vivir en libertad, paz y seguridad como pueblos distintos), artículo 8 (derecho a no ser sometidos a la asimilación forzada ni a la destrucción de su cultura), artículo 9 (derecho a pertenecer a una comunidad o nación indígena), artículo 10 (derecho a no ser desplazados por la fuerza de sus tierras o territorios), artículo 30 (derecho a que no se desarrollen acciones militares en sus tierras o territorios);
- b) derechos culturales: artículo 11 (derecho a practicar y revitalizar sus tradiciones y costumbres culturales), artículo 12 (derecho a manifestar, practicar, promover y enseñar sus tradiciones espirituales y religiosas, sus costumbre y ceremonias, a preservar y proteger sus lugares religiosos y culturales y acceder a ellos privadamente, a utilizar y controlar sus objetos de culto y a la repatriación de sus restos humanos), artículo 13 (derecho a revitalizar, utilizar, fomentar y transmitir a las generaciones futuras sus historias, idiomas, tradiciones orales, filosofías, sistemas de escritura y literaturas y a atribuir y mantener los nombres tradicionales), artículo 14, num. 1 (derecho a establecer y controlar sus propios sistemas educativos), artículo 15, num. 1 (derecho a que la dignidad y la diversidad de sus culturas se reflejen adecuadamente en los medios de información), artículo 16, num. 1 (derecho a establecer sus propios *media* en sus propios idiomas), artículo 24, num. 1 (derecho a sus propias medicinas tradicionales y a sus prácticas de salud), artículo 25 (derecho a su propia relación espiritual con las tierras, los territorio, aguas, mares costeros y los otros recursos que tradicionalmente han sido de su propiedad); artículo 31 (derecho a su patrimonio cultural, a sus conocimientos tradicionales, a sus expresiones culturales tradicionales, así como a las manifestaciones de sus ciencias, tecnologías y culturas y su propiedad intelectual);
- c) derechos económicos y ambientales: artículo 26, num. 1 (derecho a las tierras, territorios y recursos que tradicionalmente han poseído, ocupado o utilizado o adquirido), artículo 26, num. 2 (derecho a la propiedad, al uso y control de las tierras, de los territorios y de los recursos que poseen en razón de la propiedad

tradicional u otro tipo tradicional de ocupación o utilización, así como aquellos que han adquirido posteriormente), artículo 29 (derecho a la conservación y protección del medio ambiente y de la capacidad productiva de sus tierras o territorios y recursos);

- d) derechos de autonomía: artículo 35 (derecho a definir las responsabilidades individuales al interior de sus comunidades), artículo 36, num. 1 (derecho a las relaciones a través de las fronteras con sus propios miembros así como con otros pueblos).

Más directamente relacionados con la libre determinación, están:

- a) el artículo 3 (derecho a la libre determinación, en virtud de ese derecho determinan libremente su condición política y persiguen libremente su desarrollo económico, social y cultural);
- b) el artículo 4 (derecho a la autonomía y al autogobierno en las cuestiones relacionadas con sus asuntos internos y locales, así como a disponer de medios para financiar sus funciones autónomas);
- c) el artículo 5 (derecho a conservar y reforzar sus propias instituciones políticas, jurídicas, económicas, sociales y culturales, manteniendo a la vez su derecho a participar plenamente, si lo desean, en la vida política, económica, social y cultural del Estado);
- d) el artículo 18 (participación en la adopción de decisiones en las cuestiones que afecten a sus derechos, por conducto de sus representantes elegidos por ellos de conformidad con sus propios procedimientos, así como a mantener y desarrollar sus propias instituciones de adopción de decisiones);
- e) el artículo 19 (derecho de los pueblos indígenas al consentimiento previo, libre e informado sobre las medidas que los afecten)³⁰⁹;
- f) el artículo 20, num. 1 (derecho a mantener y desarrollar sus sistemas o instituciones políticas, económicas y sociales);
- g) el artículo 23 (derecho a determinar y a elaborar prioridades y estrategias para el ejercicio de su derecho al desarrollo y en especial a participar activamente

309. Cf. al respecto, el *paper* presentado *dall'International Indian Council*, en [www.treatycouncil.org/PDFs/FPIC Treaties and the UN Dec UNPFII 3508.pdf](http://www.treatycouncil.org/PDFs/FPIC_Treaties_and_the_UN_Dec_UNPFII_3508.pdf).

en la elaboración y determinación de los programas de salud, vivienda y demás programas económicos y sociales que les conciernan y, en lo posible, a administrar esos programas mediante sus propias instituciones);

- h) el artículo 32, num. 1 (derecho a determinar y elaborar las prioridades y estrategias para el desarrollo o la utilización de sus tierras y otros recursos);
- i) el artículo 33, num. 1 (derecho a determinar su propia identidad o pertenencia conforme a sus costumbres y tradiciones);
- j) el artículo 33, num. 2 (derecho a determinar las estructuras de sus propias instituciones);
- k) el artículo 34 (derecho a promover, desarrollar y mantener sus estructuras institucionales y sus propias costumbres, espiritualidad, tradiciones, procedimientos, prácticas y cuando existan, sus costumbres o sistemas);
- l) el artículo 37 (derecho a que los tratados, acuerdos y otros arreglos constructivos concertados con los Estados o con sus sucesores, sean reconocidos, observados y aplicados).

En la categoría de derechos instrumentales, aquellos previstos por el artículo 20, num. 2 (derechos a una reparación justa y equitativa para los pueblos indígenas desposeídos de sus medios de subsistencia y desarrollo), por el artículo 28 (derecho a la restitución o, cuando esta no sea posible, una indemnización equitativa por las tierras, los territorios y los recursos que tradicionalmente hayan poseído u ocupado o utilizado y que hayan sido confiscados, tomados, utilizados o dañados sin su consentimiento), por el artículo 39 (derecho a recibir asistencia financiera y técnica para el disfrute de los derechos enunciados por la Declaración) y por el artículo 40 (derecho a tener acceso a procedimientos justos y equitativos para la resolución de los conflictos y controversias con los Estados u otras partes, así como a soluciones eficaces a todas las violaciones de sus derechos individuales y colectivos).

Las obligaciones de los Estados a su vez se refieren a:

- a) obligaciones de carácter general: artículo 8, num. 2 (establecer mecanismos eficaces para la prevención y el resarcimiento de actos que tiendan a privarlos de su integridad como pueblos indígenas, de sus valores culturales, identidad étnica, o desposeerlos de sus tierras, territorios o recursos, de cualquier forma

de traslado forzado, asimilación o integración forzada, de toda forma de propaganda que tenga como fin promover o incitar la discriminación racial o étnica dirigida contra ellos), artículo 15, num. 2 (adoptar medidas eficaces, en consulta y cooperación con los pueblos indígenas, para combatir los prejuicios, eliminar la discriminación y promover la tolerancia, la comprensión y las buenas relaciones entre los pueblos indígenas y todos los demás sectores de la sociedad), artículo 38 (adoptar, en consulta y cooperación con los pueblos indígenas, las medidas apropiadas, incluidas aquellas legislativas, necesarias para alcanzar los fines de la Declaración), artículo 42 (promover el respeto y la plena aplicación de la Declaración y velar por su eficacia);

- b) obligaciones relativas a los derechos culturales de los indígenas: artículo 11, num. 2 (proporcionar mecanismos eficaces de reparación, establecidos conjuntamente con los pueblos indígenas, respecto de los bienes culturales, intelectuales, religiosos y espirituales de que hayan sido privados sin su consentimiento libre, previo e informado o en violación de sus leyes, tradiciones y costumbres), artículo 12, num. 2 (facilitar el acceso y/o la repatriación de objetos de culto y de restos humanos que posean mediante mecanismos justos, transparentes y eficaces establecidos conjuntamente con los pueblos indígenas), artículo 13, num. 2 (adoptar medidas eficaces para el respeto del derecho a la cultura tradicional), artículo 14, num. 3 (adoptar medidas eficaces para que las personas indígenas, en particular los niños, tengan acceso a la educación en su propia cultura y en su propia lengua), artículo 16, num. 2 (adoptar medidas eficaces para garantizar que los *media* públicos respeten la diversidad cultural indígena y alentar a los *media* privados en este sentido), artículo 31, num. 2 (adoptar medidas para reconocer y proteger el ejercicio, por parte de los indígenas, de sus derechos al patrimonio cultural, a sus expresiones culturales tradicionales y las manifestaciones de sus ciencias, tecnologías y culturas y su propiedad intelectual);
- c) obligaciones concernientes a los derechos económicos y sociales de los indígenas: artículo 17, num. 3 (garantizar la protección de los niños indígenas del trabajo de menores), artículo 21, num. 2 (adoptar medidas para asegurar el mejoramiento continuo de las condiciones económicas y sociales de los pueblos indígenas), artículo 22, num. 2 (adoptar medidas de protección de las mujeres y niños indígenas), artículo 24, num. 2, segunda frase (cumplir con los pasos necesarios para lograr progresivamente la plena realización el derecho de disfrutar del nivel más alto posible de salud mental y física), artículo 26, num.

3 (dar el reconocimiento y protección jurídicos a las tierras, territorios y recursos de los pueblos indígenas en el debido respeto de las costumbres, tradiciones y los sistemas de tenencia y propiedad de la tierra de los pueblos indígenas), artículo 27 (establecer y aplicar, conjuntamente con los pueblos indígenas, un proceso equitativo, independiente, imparcial, abierto y transparente, en el que se reconozcan debidamente las leyes, tradiciones, costumbres y sistemas de tenencia de la tierra de los pueblos indígenas, para reconocer y adjudicar los derechos de los pueblos indígenas en relación con sus tierras, territorios y recursos), artículo 29, num. 3 (adoptar medidas eficaces para asegurar la realización de programas de control, mantenimiento y restablecimiento de la salud de los pueblos indígenas); artículo 32, num. 3 (proveer mecanismos eficaces para la reparación en el caso de proyectos que influyan sobre las tierras, territorios u otros recursos de los pueblos indígenas),

- d) obligaciones correspondientes a la participación de los indígenas en diversos procedimientos: artículo 13, num. 2 (adoptar medidas eficaces para garantizar que los pueblos indígenas puedan entender y hacerse entender en las actuaciones políticas, jurídicas y administrativas), artículo 19 (consultar y cooperar de buena fe con los pueblos indígenas interesados, por medio de sus instituciones representativas, antes de adoptar medidas legislativas o administrativas que los afecten, a fin de obtener su consentimiento libre, previo e informado), artículo 30, num. 2 (llevar a cabo verdaderas consultas a los pueblos indígenas antes de utilizar sus tierras y territorios para acciones militares), artículo 32, num. 2 (celebrar consultas y cooperar de buena fe con los pueblos indígenas a fin de obtener su consentimiento libre e informado antes de aprobar cualquier proyecto que afecte a sus tierras o territorios y otros recursos, particularmente en relación con la valorización, la utilización o la explotación de recursos minerales, hídricos o de otro tipo);
- e) obligaciones respecto a los derechos ambientales de los pueblos indígenas: artículo 29, num. 2 (adoptar medidas eficaces para asegurar que no almacenen ni eliminen materiales peligrosos en las tierras o territorios de los pueblos indígenas sin su consentimiento libre, previo e informado);
- f) obligaciones relativas al respeto de la autonomía de los pueblos indígenas: artículo 36, num. 1 (adoptar medidas adecuadas que faciliten el ejercicio del derecho a través de las fronteras y garantizar su aplicación).

En cuanto a las obligaciones de otros sujetos, tomemos en consideración el artículo 41 (obligación de los órganos y organismos especializados del Sistema de las Naciones Unidas y otras organizaciones intergubernamentales de contribuir a la plena aplicación de las disposiciones contenidas en la Declaración mediante, entre otras, la cooperación financiera y la asistencia técnica, y con la participación de los pueblos indígenas) y el artículo 42 (obligación de las Naciones Unidas de promover el respeto y la plena aplicación de la Declaración).

En lo que tiene que ver con las disposiciones de interpretación, es necesario hacer referencia al artículo 43 (los derechos reconocidos representan el nivel mínimo necesario para la supervivencia, la dignidad y el bienestar de los pueblos indígenas del mundo), al artículo 44 (igualdad de géneros en el disfrute de los derechos), al artículo 45 (nada de lo contenido en la Declaración se interpretará en el sentido que menoscabe o suprima los derechos que los pueblos indígenas tienen en la actualidad o puedan llegar a adquirir en el futuro) y finalmente el artículo 46 (salvaguardia de la integridad territorial y la unidad política de los Estados, respecto de los derechos humanos y de las libertades fundamentales, interpretación que se hará con arreglo a los principios de la justicia, la democracia, el respeto a los derechos humanos, la igualdad, la no discriminación, la buena gobernanza y la buena fe).

4.3. Efectos y fuerza vinculante

La Declaración contenida en una Resolución de la Asamblea General de las Naciones Unidas, no tiene por sí misma fuerza vinculante³¹⁰. En efecto, las resoluciones de las Naciones Unidas no producen efectos obligatorios, lo cual fue confirmado por algunos representantes estatales durante el debate que precedió la aprobación de la Declaración³¹¹. Otro aspecto que no puede ser ignorado, es

310. Sobre el valor no obligatorio de las resoluciones de la Asamblea General de las Naciones Unidas, véase en todos los casos B. CONFORTI, *Diritto internazionale*5, Napoli, Editoriale scientifica, 1999, p. 144.

311. Véase por ejemplo el representante de Nepal para la Asamblea General de las Naciones Unidas, Acharya, según el cual «[i]t is Nepal's understanding that the principles mentioned in this Declaration are collective reflections of the good intentions of the International community as guidelines for the protection and promotion of the rights of indigenous peoples and therefore do not create any binding legal or political obligation on the part of the States that voted in favour of it», A/61/PV.108, cit., p. 3. Algunos han señalado la naturaleza meramente política de los compromisos asumidos con el voto favorable a la Declaración. Significativa se muestra, en este sentido, por ejemplo la posición asumida por el representante de Turquía, Aksen, quien después de haber reafirmado que no se trata de una declaración legalmente vinculante, agrega cuanto sigue a continuación: «However, it can constitute an important policy tool for those States that recognize indigenous peoples within their national territory», *ibídem*, p. 5.

que los Estados tienden a interpretar la Declaración de acuerdo con su legislación interna³¹².

Sin embargo, no pueden descuidarse o menospreciarse las múltiples vías a través de las cuales esta Declaración puede contribuir a garantizar el derecho vigente y a servir como parámetro significativo para evaluar la legalidad de la conducta de los Estados.

Un elemento que nos permite reflexionar al respecto nos lo ofrece, por ejemplo, el representante de Namibia, Mbuende, quien, interviniendo en la Asamblea General, durante el debate de la Declaración, afirmó: «The argument that the Declaration is not binding did not appeal to us. We take our obligations seriously. Once we adopt an instrument we want to promote, defend and protect it»³¹³. La aplicación del principio de la buena fe, requiere una actitud análoga por parte de todos los Estados que han aprobado la declaración.

Por lo tanto, pueden identificarse al menos cuatro factores que contribuyen a dar a la Declaración, un valor normativo sustancial. En primer lugar, la autoridad que se atribuye a la misma por el voto favorable de la mayor parte de la comunidad internacional. A continuación, por el compromiso de los Estados que han aceptado asumir las obligaciones y garantizar los derechos en ella consagrados. En tercer lugar, la labor de las organizaciones internacionales, especialmente de aquellas a las cuales se les ha confiado la tarea de garantizar el disfrute y la protección de los derechos humanos, entre las cuales hay algunas en las que nos centraremos, cuyo mandato se refiere precisamente a la situación de los pueblos indígenas³¹⁴.

312. Véase, por ejemplo, al representante de Paraguay ante la Asamblea General de las Naciones Unidas, según el cual las disposiciones de la Declaración, especialmente el Art. 26, relativas, como ya se ha dicho, a los derechos sobre la tierra, los territorios y los recursos, dice: «will be interpreted in accordance with the relevant provisions of our national constitution and the normative framework of our national legal order», A/61/PV.108, cit., p. 4 s. A la par el representante de Namibia, Mbuende, «Namibia understands that the exercise of the rights set forth in this Declaration are subject to the limitations determined by the constitutional frameworks and other national laws of States». *ibidem*, p. 6. Según el representante de Francia, Fieschi, el límite de las normas constitucionales es válido especialmente en lo que respecta al derecho a la libre determinación y al que conduce las relaciones internacionales de los pueblos indígenas, *ibidem*, p. 10.

313. A/61/PV 108, p. 3.

314. Al respecto, durante el debate sobre la Declaración, la representante de Cuba, Pérez Álvarez, enfatizó el convencimiento de su Estado del hecho que «the Human Rights Council and its subordinate bodies should attentively follow the Declaration's implementation in order to fully realize the human rights of indigenous peoples by virtue of the Declaration», *ibidem*, p. 6.

Una posición de esta índole, fue oficialmente adoptada, por ejemplo, por parte del Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial (CERD), el cual, al comentar sobre las obligaciones de los Estados Unidos les recomendó, de común acuerdo con los pueblos indígenas, proceder a adoptar las medidas adecuadas encaminadas a evitar los impactos negativos de las actividades llevadas a cabo en lugares con significado cultural y espiritual para estos pueblos, así como a reconocer el derecho a participar en la adopción de decisiones que les afecten, también recomendó la aplicación de la Declaración como criterio interpretativo de las obligaciones impuestas al Estado Parte en virtud del Convenio sobre Pueblos Indígenas N° 169 de la OIT, independientemente de la posición asumida por los Estados Unidos frente a dicha Declaración³¹⁵. También los organismos interamericanos de protección de los derechos humanos, han tomado la Declaración como criterio de interpretación.

También *Last but not least*, la acción de los pueblos indígenas y de sus representantes, ya sea a nivel regional como internacional, está encaminada a convertir en realidad cuanto se ha establecido en la Declaración, especialmente teniendo en cuenta el hecho que esta asigna, como ya se ha indicado, un rol muy preciso a los pueblos indígenas y a las instituciones que los representan.

No es casual que la Declaración esté presente, de manera cada vez más puntual y completa, en los programas y en las reparaciones solicitadas por las organizaciones indígenas, las cuales han contribuido sustancialmente a su adopción³¹⁶.

315. «The Committee recommends that the State party takes all appropriate measures –in consultation with indigenous peoples concerned and their representatives chosen in accordance with their own procedures – to ensure that activities carried out in areas of spiritual and cultural significance to Native Americans do not have a negative impact on the enjoyment of their rights under the Convention. The Committee further recommends that the State party recognise the right of Native Americans to participate in decisions affecting them, and consult and cooperate in good faith with the indigenous peoples concerned before adopting and implementing any activity in areas of spiritual and cultural significance to Native Americans. While noting the position of the State party with regard to the United Nations Declaration on the Rights of Indigenous Peoples (A/RES/61/295), the Committee finally recommends that the declaration be used as a guide to interpret the State party's obligations under the Convention relating to indigenous peoples (CERD/USA/CO/6, February 2008, en www2.ohchr.org/english/bodies/cerd/docs/co/CERD-C-USA-CO-6.pdf, p. 5 e ss., cit.).

316. Referencias al rol de las organizaciones indígenas están presentes de manera explícita en la intervención del representante de Portugal, Salguiero, a nombre de la Unión Europea (*ibídem*, p. 8) y del de Guatemala, Briz Gutiérrez, *ibídem*, p. 9. Digno de destacar desde este punto de vista, también el hecho que el representante de Finlandia, Nuorgam, intervenía también como representante del Parlamento *Saami* de Finlandia, *ibídem*.

Es necesario también tener en cuenta el lenguaje utilizado por la Declaración, la cual, lejos de hacer hipótesis sobre compromisos políticos, lo cual sólo es válido en principios, afirma de manera precisa y categórica derechos y obligaciones, o atribuye, respectivamente, a los pueblos indígenas, a los Estados y a otros sujetos de derecho internacional, situaciones jurídicas definidas y cualificadas.

Esto no impide que los Estados se reserven el derecho de dar aplicación a la Declaración en relación con los principios contenidos en sus respectivos ordenamientos.

En todo caso, lo relevante, es que estos ordenamientos no creen normas que estén en contradicción con lo establecido por la Declaración, sino que pueda haber plena compatibilidad entre unas y otras. En caso de conflicto, a causa de la ausencia de efectos vinculantes, no se da el poder recurrir a órganos jurisdiccionales por la violación de la Declaración, pero podrán ser de utilidad, con renovada fuerza, los órganos competentes en virtud de las Convenciones de derechos humanos, los cuales, como lo sugirió la representante de Cuba, tendrán que desarrollar un minucioso trabajo de vigilancia sobre la aplicación de la Declaración.

Esta última, más allá de su carácter formal, asume en este sentido un valor de criterio de interpretación de normas preexistentes, tales como aquellas de carácter general contenidas en los Pactos de derechos humanos y aquellas del Convenio N° 169 de la OIT, así como las del mismo derecho a la libre determinación³¹⁷.

Resulta relevante, en dicho contexto, la posición asumida por algunos Estados según los cuales la Declaración no confiere derechos nuevos, sino que se limita a confirmar derechos ya existentes³¹⁸, mientras que otros Estados han visto desde

317. A tal respecto, se tiene en cuenta el hecho que, como lo subrayó el representante de Guatemala, Briz Gutiérrez, «great care was taken in every step to ensure the Declaration's consistency with the general principles of human rights and International law», *ibídem*, p. 8.

318. En el mismo sentido, véase la intervención del representante de Namibia, Mbuende, según el cual «Namibia understands that nothing in the Declaration may be interpreted in any way to mean that measures adopted by States for securing the equal enjoyment of human rights and fundamental freedoms of indigenous peoples and individuals create, as a consequence, new separate rights», *ibídem*, p. 3. También según el representante de Guatemala, Briz Gutiérrez, «the Declaration does not create new rights, but reaffirms the right of indigenous peoples to self-determination so that they can freely determine their own economic, political, social and cultural development. It recognizes their collective right to live in freedom, peace and security as distinct peoples within the territorial integrity and political unity of the State», *ibídem*, p. 8.

otra óptica el problema de la relación entre la Declaración y el derecho internacional de los derechos humanos y de su aporte a la innovación del correspondiente *corpus normativo*³¹⁹.

Más allá de los juicios que se hayan hecho en estos sentidos, se entiende claramente cómo la Declaración marca el inicio, o mejor, una nueva y fundamental etapa³²⁰ de un recorrido complejo durante el cual la aplicación gradual de los distintos derechos concedidos a los pueblos indígenas, y entre ellos el de la libre determinación, es el resultado de esfuerzos paralelos y convergentes de entre los Estados y las organizaciones internacionales³²¹, así como de las presiones ejercidas, en el plano político, por parte de los movimientos indígenas y otros sectores de la opinión pública internacional solidarios con ellos.

Por lo tanto, la Declaración ayuda a desencadenar un circuito virtuoso que prevé, además, la promulgación, por parte de varios Estados, de normas, con frecuencia a nivel constitucional, que tienen por objeto los derechos y el *status* de los pueblos indígenas.

Aplicando la Declaración en sus respectivas jurisdicciones, los Estados contribuyen a fijar unos *standards* aplicables en la materia y, por lo tanto, por medio de una conducta repetida y uniforme, a la aparición de verdaderas y propias normas

319. Así habló el representante de Ecuador, Ríofrío, de «basic charter for the protection of the human rights of indigenous peoples throughout the world», expresando sus congratulaciones a la Asamblea General «on having met the historic challenge of incorporating into international human rights law a fundamental instrument for ending the exclusion, marginalization and obscurity of millions of human beings who for centuries have been traditionally exploited and humiliated and who expected from our Governments a decisive recognition of their collective rights» *ibidem*, p. 9 s, mientras que el de Francia, Fieschi, afirmó que «the Declaration on the Rights of Indigenous Peoples supplements the framework of norms enshrined in United Nations instruments regarding the promotion and protection of human rights», *ibidem*, p. 10.

320. Para decirlo como el representante de Bolivia: «the Declaration is not a solution and does not resolve the problem of peoples or the planet. It is however a step forward. As many speakers have said, its drafting was not perfect. We might have liked to see a wider consensus and more active participation on the part of indigenous peoples. It is, however, a first step. It is a very important step in helping indigenous peoples to end discrimination, strengthen their identity and spirituality, and ensure the recognition of their rights to land and natural resources and to be consulted and participate in decision-making», *ibidem*, p. 7.

321. Sobre el rol de las resoluciones de las organizaciones internacionales en la formación de las costumbres, véase en todos N. QUOC DINH, P. DAILLIER, A. PELLET, *Droit international public*⁴, Paris, LGDJ, 1992, p. 314.

consuetudinarias relativas a los pueblos indígenas y a los derechos que estos pueden exigir a los Estados y a otros sujetos del derecho internacional³²².

Es necesario añadir cómo la creación de normas consuetudinarias relativas a los pueblos indígenas puede proteger de manera especial algunas regiones, como América Latina donde la redacción de una Declaración de los derechos de los pueblos indígenas, dotada de características especiales, se acompaña de la producción de normas constitucionales y legislativas particularmente avanzadas en ese ámbito, especialmente en aquellos Estados donde es más fuerte y sólido el movimiento indígena.

A esta situación, dedicaremos ahora nuestra atención.



322. Una importante fuente de conocimiento al respecto, está constituida por los reportes periódicos que los Estados presentan al Grupo de Trabajo sobre las poblaciones indígenas y a los organismos competentes en materia de derechos humanos, que brevemente hemos reseñado. Por decirlo con Anaya, «government reports to international bodies on domestic initiatives concerning indigenous peoples made outside the purview of any specific treaty obligation, as in the working group context, provide strong indication of the existence and content of emergent customary norms», *Indigenous peoples*, cit., p. 154. Lo mismo ocurre, obviamente, para el comportamiento de los Estados que son sujetos de una verdadera obligación con base en normas convencionales como por ejemplo la Convención N° 169 de la OIT, dado que dicho comportamiento determina la consolidación de normas consuetudinarias con el mismo contenido de aquellas convencionales y además contribuyen a dar mayor precisión al contenido, superando lo genérico de algunas formulaciones y aclarando el significado de determinadas cláusulas generales.



Los pueblos indígenas y América Latina

G

1. Amerindia

La aprobación de la Declaración de los pueblos indígenas está acompañada por el desarrollo de una práctica estatal en la materia muy interesante, especialmente en América Latina.

Ciertamente no es una coincidencia que esto esté sucediendo precisamente en la que se ha llamado «Amerindia», definida como «el continente de la esperanza, de los conflictos y de la violencia estructural»³²³, y que actualmente constituye la región donde se desarrollan las experiencias más interesantes desde el punto de vista de una planificación a futuro que esté por fuera y en contra de los esquemas neoliberales.

Tales experiencias, fueron además precedidas por un largo proceso histórico en el cual³²⁴, tanto por parte de los conquistadores como de los Estados independientes, hubo un intento de extinción de los pueblos indígenas³²⁵, y una

323. A. PÉREZ ESQUIVEL, *Il seme della speranza*, cit., p. 5.

324. Este proceso fue caracterizado durante siglos, por «formas específicas de dominación étnica y de organización productiva bajo condiciones de extrema opresión social y de eliminación de la cultura de manera coercitiva que, si bien ocurridas en otras épocas y en diferentes áreas del mundo, alcanzaron en la América colonial, la más amplia y rigurosa aplicación», D. RIBEIRO, *Le Americhe e la civiltà. Formazione e sviluppo ineguale dei popoli americani*, II, Torino, Einaudi, 1975, p. 235 s.. R. ROMANO, «Introduzione» a ID. (a cargo de), *America Indiana. Storia cultura e situazione degli indios*, Torino, Einaudi, 1976, p. XIII, a propósito de las poblaciones indias de América Latina, observa: que «en aquel continente, donde no fue llevada la muerte violenta a las poblaciones indígenas, fue impuesto un sistema de desestructuración de la conciencia, de la historia, de la voluntad de las grandes masas de hombres, sin aportar nada a cambio », pero cuyo éxito no fue total, dado que «[e]n la profundidad, las viejas estructuras permanecieron ».

325. «The right emanating from force and imposed by it as an instrument of assimilation/marginalization policies was also the basis of the «asymmetrical» bilateral relations between indigenous peoples and the *criollos* established in the new American republics after independence from Spain and Portugal. The victory of Ayacucho meant little or nothing for the original inhabitants, who simply found themselves subject to the domination of the new rulers», *Study on treaties, agreements and other constructive arrangements between States and indigenous populations*, cit., p. 36.

más clara distinción entre los pueblos, por una parte, y por la otra, de quienes los dominaban. Otros factores de orden histórico que concurren a determinar lo particular de la situación latinoamericana son, por una parte la relativa antigüedad del proceso de «descolonización» y por la otra, una obediencia sustancial y constante de orden económico, frente a las potencias occidentales³²⁶, y por otra más, el tamaño y la fuerza, especialmente en los países andinos, de las comunidades indígenas.

Asistimos hoy, en América Latina, a una época caracterizada por una recuperación de la identidad original y a un rechazo de las prácticas de expropiación, ya sea desde el punto de vista ideal como desde el material, impuesta por largo tiempo a las poblaciones indígenas. La identidad del *indio* se basa en el valor de diversos elementos³²⁷, pero hoy, debe considerarse que prevalece, especialmente a la luz de la práctica internacional ya analizada y de las correspondientes prácticas nacionales, el llamado elemento psicológico, que surge de saberse parte de una comunidad determinada, dotada de una historia milenaria propia. Diversos sistemas jurídicos nacionales de Latinoamérica han sido profundamente transformados a causa del crecimiento de la nueva subjetividad política, social y cultural indígena³²⁸, que se proyecta de una manera muy significativa, incluso a nivel regional, proporcionando la base para proyectos legislativos y la jurisprudencia en diferentes niveles.

Hay que añadir que los pueblos indígenas pueden hacer una importante contribución a la integración regional, a nivel de América Latina, por lo menos por tres razones. En primer lugar porque son los portadores de una cultura, y por lo tanto un elemento importante de identidad, la cual encontramos en los orígenes de todos los Estados de la región. En segundo lugar porque diversas etnias indígenas se encuentran

326. A. ZAMORA RODRÍGUEZ, *Ensayo sobre el subdesarrollo. Latinoamérica 200 años después*, Madrid, Foca, 2008.

327. «En conclusión, según nosotros, los criterios más importantes para lograr una definición de indígena, son cuatro. El criterio biológico que consiste en precisar un importante y *preponderante* conjunto de características físicas *no-europeas*. El criterio cultural, que consiste en demostrar que un grupo utiliza objetos, técnicas, ideas y creencias de origen indígena o, en caso de ser de origen europea, adoptadas – espontáneamente o por la fuerza – por los indígenas, y que ya estén desaparecidas en la población blanca. Estos elementos también deben ser *preponderantes* en el interior de la comunidad. El criterio lingüístico, perfecto para los grupos monolingües indígenas, aceptable para los bilingües, pero inútil para los que ya hablan castellano. Y por último, el criterio psicológico que consiste en demostrar que el individuo se siente parte de una comunidad indígena » (cursivos originales), A. CASO, «Definición del indio y lo que es indio », en R. ROMANO (a cargo de), *América Indiana. Storia cultura e situazione degli indios*, Torino, Einaudi, 1976, p. 11.

328. «[H]oy, con asombro, somos testigos del resurgimiento del pasado indio. El despertar no es para mañana; pero el alba está cerca », R. ROMANO, *Introduzione*, cit, p. XIII s.

asentadas en las fronteras y representan por lo tanto un importante factor de conjunción. En tercer lugar porque tomando en cuenta la cultura y la cosmovisión de los pueblos indígenas, estos países, que buscan niveles más profundos de integración y vías diferentes a las ya utilizadas, pueden, con nuevos modelos³²⁹, encontrar las respuestas necesarias a los retos derivados de la crisis del modelo de desarrollo dominante.

Las innovaciones más interesantes en este sentido son, por una parte UNASUR, organización establecida sobre la base de la Declaración de Cusco del 8 de diciembre de 2004 sobre la Comunidad de las Naciones de América, formada por los Estados Miembros de la Comunidad Andina³³⁰, por los Miembros de MERCOSUR³³¹, así como por Bolivia, Chile, Guyana y Surinam, y por la otra ALBA (Alternativa Bolivariana para las Américas)³³².

La Declaración de Cusco que acabamos de citar, no contiene referencias directas a los pueblos indígenas. Sin embargo, enumera, entre los que constituyen la base la Comunidad, algunos elementos que se consideran significativos desde el punto de vista del reconocimiento de estos pueblos tales como la pluralidad de pueblos y culturas³³³, el concepto del desarrollo económico para poner en práctica³³⁴, y también una concepción de la democracia basada en la transparencia y la participación de los ciudadanos³³⁵.

329. Para un interesante y documentado análisis de una fase precedente a la integración latinoamericana cfr. A.M.V. VALENTI, P. R. ORLANDO, *Le Organizzazioni internazionali in America Latina*, Perugia, 1983.

330. Bolivia, Colombia, Ecuador Perú.

331. Argentina, Brasil, Paraguay, Uruguay, Venezuela.

332. Actualmente hacen parte Bolivia, Cuba, Dominica, Ecuador, Honduras, Nicaragua, Saint Vincent y Grenadine y Venezuela.

333. Entre dichos elementos, en efecto se cita «[E]l pensamiento político y filosófico nacido de su tradición, que reconociendo la preeminencia del ser humano, de su dignidad y derechos, la pluralidad de pueblos y culturas, ha consolidado una identidad sudamericana compartida y valores comunes, tales como: la democracia, la solidaridad, los derechos humanos, la libertad, la justicia social, el respeto a la integridad territorial, a la diversidad, la no discriminación y la afirmación de su autonomía, la igualdad soberana de los Estados y la solución pacífica de controversias», texto en [/www.comunidadandina.org/documentos/dec_int/cusco_sudamerica.htm](http://www.comunidadandina.org/documentos/dec_int/cusco_sudamerica.htm).

334. «La convicción de que el acceso a mejores niveles de vida de sus pueblos y la promoción del desarrollo económico, no puede reducirse sólo a políticas de crecimiento sostenido de la economía, sino comprender también estrategias que, junto con una conciencia ambiental responsable y el reconocimiento de asimetrías en el desarrollo de sus países, aseguren una más justa y equitativa distribución del ingreso, el acceso a la educación, la cohesión y la inclusión social, así como la preservación del medio ambiente y la promoción del desarrollo sostenible», *ibidem*.

335. «La común pertenencia a sistemas democráticos de gobierno y a una concepción de la gobernabilidad, sustentada en la participación ciudadana que incremente la transparencia en la conducción de los asuntos públicos y privados, y ejerza el poder con estricto apego al estado de derecho, conforme a las disposiciones de la Carta Democrática Interamericana, en un marco de lucha contra la corrupción en todos los ámbitos », *ibidem*.

Del mismo modo ALBA, establecida sobre la base de la Declaración de la Habana del 14 de diciembre de 2004, se inspira en un concepto de integración regional autónomo y no subordinado a las fuerzas predominantes de la globalización, con la perspectiva de un desarrollo sostenible basado en la complementariedad económica y la cooperación entre los Estados que en ella participan, la lucha contra la pobreza y el analfabetismo y la defensa de la cultura e identidad latinoamericana, con especial referencia a aquellas de los pueblos indígenas³³⁶.

336. Véanse los doce principios de la Declaración de la Habana: «1. El comercio y la inversión no deben ser fines en sí mismos, sino instrumentos para alcanzar un desarrollo justo y sustentable, pues la verdadera integración latinoamericana y caribeña no puede ser hija ciega del mercado, ni tampoco una simple estrategia para ampliar los mercados externos o estimular el comercio. Para lograrlo, se requiere una efectiva participación del Estado como regulador y coordinador de la actividad económica. 2. Trato especial y diferenciado, que tenga en cuenta el nivel de desarrollo de los diversos países y la dimensión de sus economías, y que garantice el acceso de todas las naciones que participen en los beneficios que se deriven del proceso de integración. 3 La complementariedad económica y la cooperación entre los países participantes y no la competencia entre países y producciones, de tal modo que se promueva una especialización productiva eficiente y competitiva que sea compatible con el desarrollo económico equilibrado en cada país, con las estrategias de lucha contra la pobreza y con la preservación de la identidad cultural de los pueblos. 4. Cooperación y solidaridad que se exprese en planes especiales para los países menos desarrollados en la región, que incluya un Plan Continental contra el Analfabetismo, utilizando modernas tecnologías que ya fueron probadas en Venezuela; un plan latinoamericano de tratamiento gratuito de salud a ciudadanos que carecen de tales servicios y un plan de becas de carácter regional en las áreas de mayor interés para el desarrollo económico y social. 5. Creación del Fondo de Emergencia Social, propuesto por el Presidente Hugo Chávez en la Cumbre de los Países Sudamericanos, celebrada recientemente en Ayacucho. 6. Desarrollo integrador de las comunicaciones y el transporte entre los países latinoamericanos y caribeños, que incluya planes conjuntos de carreteras, ferrocarriles, líneas marítimas y aéreas, telecomunicaciones y otras. 7. Acciones para propiciar la sostenibilidad del desarrollo mediante normas que protejan el medio ambiente, estimulen un uso racional de los recursos e impidan la proliferación de patrones de consumo derrochadores y ajenos a las realidades de nuestros pueblos. 8. Integración energética entre los países de la región, que asegure el suministro estable de productos energéticos en beneficio de las sociedades latinoamericanas y caribeñas, como promueve la República Bolivariana de Venezuela con la creación de Petroamérica. 9. Fomento de las inversiones de capitales latinoamericanos en la propia América Latina y el Caribe, con el objetivo de reducir la dependencia de los países de la región de los inversionistas foráneos. Para ello se crearían, entre otros, un Fondo Latinoamericano de Inversiones, un Banco de Desarrollo del Sur, y la Sociedad de Garantías Recíprocas Latinoamericanas. 10. Defensa de la cultura latinoamericana y caribeña y de la identidad de los pueblos de la región, con particular respeto y fomento de las culturas autóctonas e indígenas. Creación de la Televisora del Sur (TELESUR) como instrumento alternativo al servicio de la difusión de nuestras realidades. 11. Medidas para que las normas de propiedad intelectual, al tiempo que protejan el patrimonio de los países latinoamericanos y caribeños frente a la voracidad de las empresas transnacionales, no se conviertan en un freno a la necesaria cooperación en todos los terrenos entre nuestros países. 12. Concertación de posiciones en la esfera multilateral y en los procesos de negociación de todo tipo con países y bloques de otras regiones, incluida la lucha por la democratización y la transparencia en los organismos internacionales, particularmente en las Naciones Unidas y sus órganos». (texto en www.cuba.cu/gobierno/discursos/2004/esp/d141204e.html).

Resulta evidente cómo la aplicación de tales principios, comunes a varios ordenamientos constitucionales, especialmente a los más recientes³³⁷, constituye, junto con los avances logrados a nivel internacional, el *humus* más propicio para el reconocimiento de la identidad de los pueblos indígenas y la afirmación de sus derechos.

2. Desarrollo a nivel regional

2.1. La OEA

La Organización de los Estados Americanos (OEA) fue fundada en 1948 y constituye actualmente una importante organización hemisférica, y es, según el artículo 1 de su Carta Fundacional, un organismo regional dentro de las Naciones Unidas, que tiene como objetivos principales, alcanzar un orden de paz y justicia, promover la solidaridad internacional entre los Estados Miembros, fortalecer la colaboración entre los mismos y defender la soberanía, la integridad territorial y la independencia³³⁸.

Está conformada por treinta y cinco Estados; la participación de Cuba fue suspendida el 31 de enero de 1962, con una resolución declarada sin efectos por la Resolución aprobada durante la trigesima novena Asamblea General de la Organización que se llevó a cabo en San Pedro de Sula, Honduras, del 2 al 4 junio 2009³³⁹.

De acuerdo con el artículo 9 de la Carta Democrática Interamericana, aprobada por la Asamblea General el 11 de septiembre de 2001 en Lima, la promoción y protección de los derechos de los pueblos indígenas, junto con los de los migrantes, contribuyen, conjuntamente a la eliminación de toda forma de

337. Véase *infra* en lo referente a Bolivia, Ecuador y Venezuela.

338. «Artículo 1 Los Estados americanos consagran en esta Carta la organización internacional que han desarrollado para lograr un orden de paz y de justicia, fomentar su solidaridad, robustecer su colaboración y defender su soberanía, su integridad territorial y su independencia. Dentro de las Naciones Unidas, la Organización de los Estados Americanos constituye un organismo regional».

339. Dicha resolución afirma cuanto sigue:: «1. Que la Resolución VI adoptada el 31 de enero de 1962 en la Octava Reunión de Consulta de Ministros de Relaciones Exteriores, mediante la cual se excluyó al Gobierno de Cuba de su participación en el sistema interamericano, queda sin efecto en la Organización de los Estados Americanos (OEA). 2. Que la participación de la República de Cuba en la OEA será el resultado de un proceso de diálogo iniciado a solicitud del Gobierno de la República de Cuba y de conformidad con las prácticas, los propósitos y principios de la OEA».

discriminación e intolerancia y al respeto de la diversidad étnica, cultural y religiosa, al fortalecimiento de la democracia y de la participación ciudadana³⁴⁰.

Los orígenes del interés de la Organización para los pueblos indígenas pueden remontarse por lo menos hasta 1948, año en el cual fue aprobada la Carta Interamericana de las Garantías Sociales, que en su artículo 39, dedicado precisamente a los pueblos indígenas, afirma la necesidad de darles una educación adecuada y de tutelar la vida, la libertad y la propiedad, protegiéndolos del exterminio, la opresión y la miseria. La disposición también exige medidas de conservación del patrimonio cultural indígena e indica la necesidad de crear instituciones y servicios orientados en este sentido y en especial a la cuestión de la tierra³⁴¹.

La Declaración, ante la necesidad de crear puestos de trabajo para afrontar la pobreza y fortalecer la gobernabilidad democrática, adoptada en Mar del Plata el 5 de noviembre de 2005, durante la *IV Cumbre de las Américas*, hizo mención de los pueblos indígenas en el punto 30, en lo concerniente a la igualdad de oportunidades y a la lucha contra la discriminación³⁴², y en el punto 31, donde trata de manera más general los derechos de los pueblos indígenas, especialmente en el contexto de la redacción de la Declaración Interamericana de los pueblos indígenas³⁴³.

340. «La eliminación de toda forma de discriminación, especialmente la discriminación de género, étnica y racial, y de las diversas formas de intolerancia, así como la promoción y protección de los derechos humanos de los pueblos indígenas y los migrantes y el respeto a la diversidad étnica, cultural y religiosa en las Américas, contribuyen al fortalecimiento de la democracia y la participación ciudadana».

341. « Artículo 39. En los países en donde exista el problema de la población aborígen se adoptarán las medidas necesarias para prestar al indio protección y asistencia, amparándole la vida, la libertad y la propiedad, defendiéndolo del exterminio, resguardándolo de la opresión y la explotación, protegiéndolo de la miseria y suministrándole adecuada educación. El Estado ejercerá su tutela para preservar, mantener y desarrollar el patrimonio de los indios o de sus tribus, y promoverá la explotación de las riquezas naturales, industriales, extractivas o cualesquiera otras fuentes de rendimiento, procedentes de dicho patrimonio o relacionadas con este, en el sentido de asegurar, cuando sea oportuna, la emancipación económica de las agrupaciones autóctonas. Deben crearse instituciones o servicios para la protección de los indios, y en particular para hacer respetar sus tierras, legalizar su posesión por los mismos y evitar la invasión de tales tierras por parte de extraños».

342. «Nos comprometemos a procurar la igualdad de oportunidades de empleo para todos así como a trabajar para erradicar la discriminación en el trabajo, en el acceso a la educación, en la capacitación y en la remuneración. En este contexto, prestaremos atención especial a las diferentes necesidades basadas en género y a las necesidades de los pueblos indígenas, los afro-descendientes y otros grupos en situación de vulnerabilidad».

343. «Reafirmamos nuestro compromiso de respetar los derechos de los pueblos indígenas y nos comprometemos a concluir exitosamente las negociaciones de la Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas. El ejercicio pleno de estos derechos es indispensable para la existencia, el bienestar y el desarrollo integral de los pueblos indígenas y para su plena participación en las realidades nacionales, por lo que debemos crear las condiciones necesarias para facilitar su acceso al trabajo decente y a condiciones de vida que permitan superar la pobreza, la exclusión y la desigualdad social».

El Grupo de Trabajo encargado de la redacción de esta última, fue creado durante la Comisión de Asuntos Jurídicos y Políticos del Consejo Permanente de la OEA³⁴⁴. El texto está todavía en fase de negociación, pero se pueden dar algunos avances, indicando sobre cuáles puntos ya ha habido un acuerdo entre los Estados Miembros de la Organización, y sobre cuáles no, y señalar aquellos que de confirmarse, constituirían las novedades más significativas de la Declaración de las Naciones Unidas. Vamos entonces a identificar estas últimas en las diferentes materias.

En cuanto a los principios y criterios generales, el texto afirma, como ya se mencionó, la prevalencia del criterio de la auto identificación de los pueblos indígenas (art. I)³⁴⁵. El artículo II, establece además la obligación de los Estados de reconocer y respetar el carácter multiétnico, pluricultural y plurilingüista de sus sociedades³⁴⁶. Es muy incisiva la definición de los derechos colectivos contenida en el artículo VI, que se refiere a aquellos que son indispensables para la existencia, el bienestar y el desarrollo integral de los pueblos, especialmente los de acción colectiva, los de la organización social, política y económica, a los sistemas jurídicos, a las culturas propias, a profesar y practicar sus propias creencias espirituales, a usar sus propias lenguas, a administrar y controlar sus propias tierras, territorios y recursos naturales³⁴⁷. Innovador es también el reconocimiento de la personalidad jurídica de los pueblos indígenas, respetando sus formas de organización y promoviendo el pleno ejercicio de los derechos reconocidos en la Declaración, contenidos en el Proyecto de Declaración Americana (art. IX)³⁴⁸. Explícito el derecho a la protección contra el genocidio o el intento de exterminio (art. X bis)³⁴⁹. Se encuentra en discusión una formulación del derecho a la libre determinación al interior de los Estados³⁵⁰.

344. Para información sobre los trabajos cfr. http://www.oas.org/OASpage/Events/default.asp?eve_code=11&page=2.

345. Véase el *Cuadro comparativo entre el proyecto de Declaración americana sobre los derechos de los pueblos indígenas y la Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas*, *ibídem*.

346. *Ibídem*. El carácter multilingüístico sigue estando sujeto a negociaciones.

347. Sobre algunos de estos derechos y su formulación, especialmente los relacionados con los sistemas jurídicos y la administración y control de las tierras, territorios y recursos naturales, todavía se encuentran en curso de negociación.

348. *Cuadro comparativo*, cit., p. 9.

349. *Ibídem*, p. 10.

350. «Al interior de los Estados se reconoce el derecho a la libre determinación de los pueblos indígenas, en virtud del cual pueden definir sus formas de organización y promover su desarrollo económico, social y cultural» (texto aun sujeto a negociación).

Un artículo específico, está dedicado a la familia indígena (art. XVI)³⁵¹. Dicha disposición, adquiere particular relevancia en cuanto a que hace referencia a los «sistemas de familia propios» de los pueblos indígenas, afirmando que los Estados reconocerán, respetarán y protegerán³⁵² sus formas de unión matrimonial, especialmente la unidad de la familia como tal, la filiación, descendencia y nombre familiar, respetando en todo caso la equidad de género y generacional. El segundo párrafo, exige a los tribunales competentes en el tema, tomar en consideración el derecho indígena para la calificación de los mejores intereses del niño, en materias relacionadas con la adopción, con la ruptura del vínculo matrimonial y otras circunstancias similares, y atribuye a los tribunales indígenas la jurisdicción para la decisión sobre la custodia y cuestiones afines relativas a los menores indígenas.

En lo referente al tema de la salud, queda establecida la prohibición de hacer investigaciones o experimentos biológicos y médicos que tengan por objeto los pueblos o las personas indígenas, así como su esterilización, sin su consentimiento previo e informado (art. XVII, num. 3)³⁵³. También resulta digno de destacar el compromiso de los Estados de promover, en consulta conjunta con los pueblos indígenas, sistemas y prácticas interculturales en los servicios de salud y sanitarios prestados a las comunidades indígenas, incluyendo la formación de técnicos y profesionales indígenas del sector (art. XVII, num. 4)³⁵⁴.

En cuanto a los temas ambientales, se encuentra aún en discusión el derecho a la información y consulta previa relativo a acciones y medidas que puedan perjudicar el medio ambiente en territorios indígenas (art. XVIII, num. 3), mientras está confirmado el de la participación plena y efectiva en la formulación, planeamiento, ordenación y aplicación de medidas, leyes, políticas y otras actividades en la materia (art. XVIII, num. 4)³⁵⁵. Digno también de ser destacado, el derecho de los pueblos indígenas de crear sus propias áreas protegidas y la obligación de los Estados de obtener el consentimiento de los pueblos indígenas en la creación de aéreas de este tipo (art. XVIII, num. 7)³⁵⁶.

351. «La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad. Los pueblos indígenas tienen derecho a preservar, mantener y promover sus propios sistemas de familia. Los Estados reconocerán, respetarán y [protegerán] las distintas formas indígenas de familia, en particular la familia extensa, así como sus formas de unión matrimonial, de filiación, descendencia y de nombre familiar. En todos los casos, se reconocerá y respetará la equidad de género y generacional».

352. Este último término, todavía es objeto de discusión.

353. *Cuadro comparativo*, cit., p. 21.

354. *Ibidem*.

355. Se encuentra en discusión la extensión de la participación a las actividades de carácter privado.

356. *Cuadro comparativo*, cit., p. 23.

Respecto a los derechos organizativos y políticos, se establece el derecho a la autonomía y al autogobierno (art. XX, num. 1), así como el de mantener y desarrollar sus propias instituciones indígenas de decisión (art. XX, num. 2)³⁵⁷. El derecho y los sistemas jurídicos indígenas deben ser respetados (art. XXI)³⁵⁸.

En cuanto a los derechos sociales, económicos y de propiedad, encontramos que se trata tal vez del área en la cual se registran los logros más significativos, aunque las prescripciones señaladas a continuación, se encuentran aún, en buena parte, sujetas a negociación entre los Estados.

Se afirma el derecho al reconocimiento legal de las modalidades y diversas y particulares formas de su propiedad, posesión y dominio de las tierras y territorios indígenas, si bien deben darse conforme a los principios del ordenamiento jurídico de cada Estado, el cual establecerá procedimientos especiales convenientes (art. XXIV, num. 2)³⁵⁹.

Importante es también la afirmación de la permanencia, exclusividad, inalienabilidad, imprescriptibilidad e inembargabilidad de los derechos de los pueblos indígenas a las tierras y territorios que usan u ocupan históricamente (art. XXIV, num. 3)³⁶⁰.

Además, se concreta la obligación de los Estados de establecer procedimientos para la participación, en caso de explotación de recursos minerales o de los recursos del subsuelo ubicados en territorios indígenas de los cuales los Estados resulten ser sus propietarios, antes de emprender o autorizar cualquier programa de prospección, planeamiento o explotación, con el derecho de los pueblos indígenas de participar en los beneficios y a ser indemnizados por los daños que se deriven (art. XXIV, num. 7)³⁶¹.

Los pueblos indígenas que se encuentren en situación de «aislamiento voluntario» o en situación de «contacto inicial» tienen derecho a permanecer en dicha condición y los Estados están obligados a adoptar las políticas y medidas acordes necesarias (art. XXVI)³⁶².

357. *Ibidem*, p. 26.

358. *Ibidem*, p. 27.

359. *Ibidem*, p. 31 (texto en discusión).

360. *Ibidem* (texto en discusión).

361. *Ibidem*, p. 32 (texto en discusión).

362. *Ibidem*, p. 34.

Aún se encuentra sujeto a negociación todo el texto del art. XXIX, relativo al desarrollo. Se afirma el derecho de los pueblos indígenas a determinar libremente su propio desarrollo político, económico y social, de conformidad con su propia cosmovisión (art. XXIX, num.1).

Se aclara que este derecho incluye la definición de políticas, planes, programas y estrategias necesarios y a la administración de los mismos a través de sus propias instituciones (art. XXIX, num. 2).

Por otra parte, se establece el derecho de los pueblos indígenas de obtener, por parte del Estado, los medios adecuados (art. XXIX, num. 3) y a participar plena y efectivamente en la formulación, implementación y evaluación de los planes y programas de desarrollo estatales (art. XXIX, num. 4)³⁶³.

El art. XXX, relativo al derecho a la paz, a la seguridad y a la protección en caso de conflictos armados, prevé, según el texto aún sometido a negociación, el reconocimiento del derecho de los pueblos indígenas al reconocimiento y respeto de las instituciones propias para el mantenimiento de la paz y de la seguridad (num. 2), y los Estados están obligados a respetar el derecho humanitario aplicable, especialmente de conformidad con lo dispuesto en la IV Convención de Ginebra de 1949 sobre la protección de las personas civiles en tiempo de guerra y con el Protocolo Adicional II de 1977 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional, mediante unas obligaciones específicamente detalladas (num. 4)³⁶⁴.

363. *Ibidem*, p. 38 (texto en discusión).

364. «En caso de conflictos armados, los Estados tomarán medidas adecuadas con acuerdo de los pueblos indígenas afectados, para proteger los derechos humanos, instituciones, tierras, territorios y recursos de los pueblos indígenas, inter alia: a. No permitirán el reclutamiento de personas indígenas contra su voluntad para servir en las fuerzas armadas y cuerpos de seguridad, en particular, para ser utilizadas contra sus propios pueblos u otros pueblos indígenas; b. No reclutarán a niños o niñas indígenas en las fuerzas armadas en ninguna circunstancia; c. No obligarán las comunidades o personas indígenas a abandonar sus tierras, territorios o medios de subsistencia, ni los desplazarán o reasentarán con fines militares; d. No obligarán a personas indígenas a trabajar con fines militares; e. Respetarán el derecho a la obediencia de conciencia especialmente tomando en cuenta sus prácticas culturales o espirituales. F. Tomarán medidas de reparación integral y proporcionarán los recursos necesarios para la reconstrucción, con el consentimiento previo, libre, e informado de los pueblos indígenas afectados, por los perjuicios ocasionados; g. Tomarán medidas especiales y efectivas para garantizar que las mujeres y niños vivan libres de toda forma de conciencia».

2.2. Los organismos interamericanos de derechos humanos

Es significativa la jurisprudencia de la Corte Interamericana y de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Son centenares las peticiones examinadas, que tienen por objeto los derechos de los pueblos indígenas y sobre las cuales estos organismos se han pronunciado, sobre la base de la Declaración Interamericana de los Derechos y Deberes del Hombre, de 1948 y de la Convención Americana de Derechos Humanos de 1969³⁶⁵.

2.3. La Comisión Especial dentro del sistema de cooperación amazónica

El Tratado de Cooperación Amazónica fue firmado el 3 de julio de 1978 entre Bolivia, Brasil, Colombia, Ecuador, Guyana, Perú, Surinam y Venezuela, para realizar esfuerzos y acciones conjuntas con la finalidad de promover el desarrollo armónico de los respectivos territorios amazónicos, proteger el medio ambiente, conservar y utilizar de manera racional sus recursos naturales (art. I)³⁶⁶.

Mediante la Resolución expedida en la tercera reunión de los Ministros de Asuntos Exteriores de los Estados Miembros, del 7 de marzo de 1989, se decidía la creación de una Comisión Especial sobre asuntos indígenas, con el objetivo de asegurar la participación de las poblaciones indígenas del Amazonas a todas las fases de procesos que involucraran asuntos relativos a ellos, especialmente los atinentes a programas de desarrollo. El Plan de Trabajo adoptado posteriormente, daba prioridad al reconocimiento y a la protección de los indígenas sobre la tierra y sobre los recursos³⁶⁷.

2.4. El Fondo para el desarrollo de los pueblos indígenas

La segunda reunión en la Cumbre de la Conferencia Iberoamericana de los Jefes de Estado creó, en 1992, un Fondo destinado a satisfacer las necesidades de desarrollo de los pueblos indígenas de América Latina y del Caribe³⁶⁸. Nótese

365. Véase *infra* el aporte de Maurizio De Martino. Sobre el tema véase también T.MELISH, *Protecting Economic, Social and Cultural Rights in the Inter-American Human Rights System: A Manual on Presenting Claims*, Orville H. Schell jr. Center for International Human Rights, Yale Law School- Centro de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Ecuador, 2002.

366. Para el texto de este tratado cfr. www.nuso.org/upload/articulos/458_1.pdf.

367. Cf. S. J. ANAYA, *Indigenous peoples*, cit., p. 54.

368. *Ibidem*.

cómo los procedimientos de toma de decisiones de este Fondo acordaron un *locus standi* a las organizaciones indígenas.

2.5. La Comunidad Andina

Con posterioridad a la aprobación de la Declaración sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas por la Asamblea General de las Naciones Unidas, la Comunidad Andina, mediante la Decisión N° 674 del 26 de septiembre de 2007, creó un Consejo Consultivo de los Pueblos Indígenas como órgano consultivo cuya finalidad es la promoción de la participación activa de los pueblos indígenas en la discusión de temas relacionados con la integración subregional en las esferas de lo político, lo social y lo económico (art. 1).

Dicho organismo está conformado por un representante del Fondo para el Desarrollo de los Pueblos Indígenas, un representante de la Coordinadora de las Organizaciones Indígenas de la Cuenca Amazónica, un representante de la Coordinadora Andina de las Organizaciones Indígenas y una representante del *Enlace* Continental de las Mujeres Indígenas de Suramérica (art. 2). Sus funciones consisten en transmitir al Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores, a la Comisión y a la Secretaría General de la Comunidad, por iniciativa propia o a requerimiento de estos, opiniones sobre asuntos vinculados con la participación de los pueblos indígenas en el proceso de integración subregional; asistir a las reuniones de expertos de gobierno o de grupos de trabajo convocados por los Estados Miembros; participar con derecho a voz en las reuniones del Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores y de la Comisión de la Comunidad Andina; promover el intercambio, la difusión y evaluación de experiencias y prácticas exitosas, el fortalecimiento organizativo y en general la cooperación entre pueblos y organizaciones indígenas, entidades del Estado y organismos de derechos humanos y organizaciones de la sociedad civil de los Países Miembros, así como la elaboración y aprobación de su propio reglamento (art. 3)³⁶⁹.

La decisión que acabamos de referir, constituye el punto de llegada de una extensa práctica de la Comunidad Andina en la materia.

369. Texto en <http://www.comunidadandina.org/normativa/dec/D674.htm>.

Al respecto, es necesario mencionar la Declaración de Machu Picchu sobre la Democracia, los Derechos de los Pueblos Indígenas y la Lucha contra la Pobreza, adoptada el 28-29 de julio de 2001 por los Presidentes de los Estados Miembros con la presencia de Argentina, Brasil, Chile, Costa Rica, Panamá, Paraguay, República Dominicana y Uruguay, como también del Príncipe de Asturias y del Secretario General de la Comunidad Andina, quienes, tomando como uno de los puntos de partida la constatación de la naturaleza pluricultural y pluriétnica de los Países Andinos³⁷⁰, la pobreza que afecta a los pueblos indígenas y la necesidad de promover sus derechos³⁷¹, han decidido avanzar en la defensa de la democracia y de los derechos humanos, asumiendo una serie de compromisos específicos relativos, en parte, con las cuestiones aquí tratadas³⁷², entre los cuales, el establecimiento de una Mesa de Trabajo sobre el tema, tratado posteriormente en la Decisión N° 524³⁷³, sustituida por la N° 674 citada.

370. «CONSIDERANDO que la naturaleza multicultural y pluriétnica de nuestras naciones ha constituido un factor esencial en la formación de las nacionalidades y la identidad histórica de nuestros países; y que, hoy como en el pasado, continúa siendo una característica esencial de la riqueza humana y social de nuestras sociedades.»

371. «CONSCIENTES de la situación de pobreza y extrema pobreza que afecta mayoritariamente a las poblaciones indígenas, así como la necesidad de garantizar y promover sus derechos, incluido el derecho a la diversidad.»

372. «7. En ese sentido, apoyamos firmemente todos los esfuerzos encaminados a la promoción y protección de los derechos y libertades fundamentales de los pueblos indígenas, entre ellos: el derecho a su identidad y tradiciones en lo espiritual cultural, lingüístico; social, político, cultural y económico; individual y colectiva; a no ser desplazados, como pueblos, de su patrimonio cultural histórico; a sus sistemas, conocimientos y prácticas de medicina tradicional, incluido el derecho a la protección de sus lugares rituales y sagrados; a la educación en la diversidad; a ser elegidos y desempeñar cargos públicos. Expresamos nuestra voluntad de resguardar estos derechos dentro del orden público y en cumplimiento de nuestras disposiciones constitucionales y legales vigentes. 8. Nuestros Estados tienen el deber de cautelar y garantizar la aplicación las disposiciones de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del hombre, la Convención Americana sobre Derechos Humanos y los demás instrumentos existentes en los ámbitos regional y universal, con la finalidad de asegurar el ejercicio pleno de los derechos humanos de las poblaciones indígenas, conforme al principio de no discriminación. Impulsaremos, en ese sentido, la elaboración y aprobación de la Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas. 9. La consolidación de la vida democrática y el estado de derecho en nuestros países demanda políticas que aseguren la participación activa de las poblaciones indígenas en todos los ámbitos de la vida nacional. A ese efecto, los cancilleres propondrán la creación de una mesa de trabajo sobre los derechos de los pueblos indígenas en el marco institucional de la Comunidad Andina de Naciones, con la participación de las organizaciones indígenas, organizaciones de derechos humanos, de la sociedad civil y representantes de cada uno de los estados miembros, con el propósito de integrar plenamente a los pueblos indígenas a la vida económica, social y política de nuestros países, respetando y promoviendo al mismo tiempo su diversidad cultural. La mesa realizará su primera reunión, a la brevedad posible, en la ciudad del Cuzco».

373. Texto en www.comunidadandina.org/normativa/dec/D524.htm.

De interés son también las conclusiones y recomendaciones del primer *Forum* de intelectuales e investigadores indígenas, que tuvo lugar en Lima del 4 al 6 de julio de 2007³⁷⁴, el cual produjo también un interesante documento sobre pueblos indígenas e integración andina³⁷⁵.

3. Los pueblos indígenas en algunas Constituciones Latinoamericanas recientes

3.1. Bolivia³⁷⁶

Una referencia a la memoria histórica de las luchas indígenas, desde la sublevación anticolonial hasta la reciente lucha por el agua, se encuentra contenida en el Preámbulo de la Constitución de Bolivia de 2009³⁷⁷. Cabe destacar cómo aquí también se alude a la «composición plural» del pueblo boliviano, comprometido en la construcción de un nuevo Estado en el cual, precisamente, se refleja dicha pluralidad.

El principio de pluralidad se encuentra también reafirmado por el artículo 1, contenido en el Capítulo I («Modelo de Estado») del Título I («Bases Fundamentales del Estado») de la Primera Parte («Bases Fundamentales del Estado. Derechos, Deberes y Garantías»), que enuncia el concepto fundamental del Estado plurinacional comunitario, fundado sobre la pluralidad y el pluralismo político, económico, jurídico, cultural y lingüístico³⁷⁸. El derecho a la libre determinación del pueblo indígena «en el marco de la unidad del Estado» está consagrado en el artículo 2, que define la «libre determinación» como el derecho del pueblo indígena a la autonomía, al autogobierno, a su cultura, al reconocimiento de sus instituciones

374. Texto en www.comunidadandina.org/documentos/actas/conclusiones_indigenas.htm.

375. Texto en www.comunidadandina.org/public/libro_indigenas.pdf.

376. El texto de la Constitución aprobada con *referendum* del 25 de enero de 2009 y Ley del 7 de febrero de 2009 se encuentra en pdba.georgetown.edu/Constitutions/Bolivia/bolivia09.

377. «El pueblo boliviano, de composición plural, desde la profundidad de la historia, inspirado en las luchas del pasado, en la sublevación indígena anticolonial, en la independencia, en las luchas populares de liberación, en las marchas indígenas, sociales y sindicales, en las guerras del agua y de octubre, en las luchas por la tierra y territorio, y con la memoria de nuestros mártires, construimos un nuevo Estado».

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

y a la consolidación de sus entidades territoriales, de conformidad con la Constitución y las leyes³⁷⁹.

De acuerdo con el artículo 3, el pueblo boliviano, además de otros componentes, está conformado por las «naciones y pueblos indígenas originarios y campesinos» y por la «totalidad de las bolivianas y los bolivianos»³⁸⁰. De este pluralismo deriva la exigencia de un absoluto laicismo del Estado³⁸¹, mientras se afirma la existencia de una gran cantidad de idiomas oficiales, entre los cuales el español y diversos idiomas indígenas³⁸². La existencia de los pueblos indígenas representa, además, la base concreta de una de las características de la democracia boliviana, su carácter «comunitario», afirmado a la par que el «participativo» y el «representativo» (art. 11 contenido en el Capítulo III, «Sistema de gobierno» del Libro I)³⁸³.

En el Capítulo III del Título II («Derechos Fundamentales y Garantías») entre los derechos a la participación, se mencionan aquellos referentes a la democracia

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

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

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

382. «Artículo 5. I. Son idiomas oficiales del Estado el castellano y todos los idiomas de las naciones y pueblos indígena originario campesinos, que son el aymara, araona, baure, bésiro, canichana, cavineño, cayubaba, chácobo, chimán, ese ejja, guaraní, guarasu'we, guarayu, itonama, leco, machajuyaikallawayá, machineri, maropa, mojeño-trinitario, mojeño-ignaciano, moré, mosetén, movima, pacawara, puquina, quechua, sirionó, tacana, tapiete, toromona, uru-chipaya, weenhayek, yaminawa, yuki, yuracaré y zamuco. II. El Gobierno plurinacional y los gobiernos departamentales deben utilizar al menos dos idiomas oficiales. Uno de ellos debe ser el castellano, y el otro se decidirá tomando en cuenta el uso, la conveniencia, las circunstancias, las necesidades y preferencias de la población en su totalidad o del territorio en cuestión. Los demás gobiernos autónomos deben utilizar los idiomas propios de su territorio, y uno de ellos debe ser el castellano».

383. « Artículo 11. I. La República de Bolivia adopta para su gobierno la forma democrática participativa, representativa y comunitaria, con equivalencia de condiciones entre hombres y mujeres. II. La democracia se ejerce de las siguientes formas, que serán desarrolladas por la ley: 1. Directa y participativa, por medio del referendo, la iniciativa legislativa ciudadana, la revocatoria de mandato, la asamblea, el cabildo y la consulta previa. Las asambleas y cabildos tendrán carácter deliberativo conforme a Ley. 2. Representativa, por medio de la elección de representantes por voto universal, directo y secreto, conforme a Ley. 3. Comunitaria, por medio de la elección, designación o nominación de autoridades y representantes por normas y procedimientos propios de las naciones y pueblos indígena originario campesinos, entre otros, conforme a Ley».

comunitaria y los de las naciones y pueblos indígenas a la designación de sus propios representantes, de acuerdo con sus propias normas y procedimientos³⁸⁴.

Todo el Capítulo IV (arts. 30-32) del Título II, se encuentra dedicado a derechos de los pueblos indígenas. El artículo 30, numeral 1, define quiénes son los pertenecientes a dichos pueblos, haciendo referencia a la existencia de identidades culturales, idioma, tradición histórica, instituciones, territorialidad y cosmovisiones comunes, cuya existencia es anterior a la invasión colonial española³⁸⁵.

El numeral 2 de la citada disposición consagra una larga lista de derechos, diez y ocho en total, relacionados con los pueblos indígenas, sobre los siguientes temas:

- a) Existir libremente;
- b) identidad cultural y religiosa;
- c) Inscripción de dicha identidad sobre los documentos personales;
- d) Libre determinación y territorialidad;
- e) Participación de sus propias instituciones en la estructura general del Estado;
- f) Titulación colectiva de tierras y territorios;
- g) Protección de sus lugares sagrados;
- h) Creación y administración de sistemas, medios y redes de comunicación propios;

384. «Artículo 261. Todas las ciudadanas y los ciudadanos tienen derecho a participar libremente en la formación, ejercicio y control del poder político, directamente o por medio de sus representantes, y de manera individual o colectiva. La participación será equitativa y en igualdad de condiciones entre hombres y mujeres. II. El derecho a la participación comprende: 1. La organización con fines de participación política, conforme a la Constitución y a la ley. 2. El sufragio, mediante voto igual, universal, directo, individual, secreto, libre y obligatorio, escrutado públicamente. El sufragio se ejercerá a partir de los dieciocho años cumplidos. 3. Donde se practique la democracia comunitaria, los procesos electorales se ejercerán según normas y procedimientos propios, supervisados por el Órgano Electoral, siempre y cuando el acto electoral no esté sujeto al voto igual, universal, directo, secreto, libre y obligatorio. 4. La elección, designación y nominación directa de los representantes de las naciones y pueblos indígena originario campesinos, de acuerdo con sus normas y procedimientos propios. 5. La fiscalización de los actos de la función pública».

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

- i) Reconocimiento del valor de sus propios saberes y culturas tradicionales;
- j) Vivir en un medio ambiente sano;
- k) Propiedad intelectual colectiva;
- l) Educación intracultural, intercultural y plurilingüe;
- m) Sistema de salud universal y gratuito, que respete la cosmovisión indígena y sus prácticas tradicionales;
- n) Sistemas jurídicos, políticos y económicos acordes a su cosmovisión;
- o) Consulta previa cada vez que se prevean medidas susceptibles de afectarles, especialmente respecto a la explotación de los recursos naturales no renovables;
- p) Participación en los beneficios de la explotación de los recursos naturales existentes en sus propios territorios;
- q) Gestión territorial autónoma con uso exclusivo de los recursos naturales renovables;
- r) Participación en los órganos e instituciones del Estado³⁸⁶.

386. «II. En el marco de la unidad del Estado y de acuerdo con esta Constitución las naciones y pueblos indígena originario campesinos gozan de los siguientes derechos: 1. A existir libremente. 2. A su identidad cultural, creencia religiosa, espiritualidades, prácticas y costumbres, y a su propia cosmovisión. 3. A que la identidad cultural de cada uno de sus miembros, si así lo desea, se inscriba junto a la ciudadanía boliviana en su cédula de identidad, pasaporte u otros documentos de identificación con validez legal. 4. A la libre determinación y territorialidad. 5. A que sus instituciones sean parte de la estructura general del Estado. 6. A la titulación colectiva de tierras y territorios. 7. A la protección de sus lugares sagrados. 8. A crear y administrar sistemas, medios y redes de comunicación propios. 9. A que sus saberes y conocimientos tradicionales, su medicina tradicional, sus idiomas, sus rituales y sus símbolos y vestimentas sean valorados, respetados y promocionados. 10. A vivir en un medio ambiente sano, con manejo y aprovechamiento adecuado de los ecosistemas. 11. A la propiedad intelectual colectiva de sus saberes, ciencias y conocimientos, así como a su valoración, uso, promoción y desarrollo. 12. A una educación intracultural, intercultural y plurilingüe en todo el sistema educativo. 13. Al sistema de salud universal y gratuito que respete su cosmovisión y prácticas tradicionales. 14. Al ejercicio de sus sistemas políticos, jurídicos y económicos acorde a su cosmovisión. 15. A ser consultados mediante procedimientos apropiados, y en particular a través de sus instituciones, cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles. En este marco, se respetará y garantizará el derecho a la consulta previa obligatoria, realizada por el Estado, de buena fe y concertada, respecto a la explotación de los recursos naturales no renovables en el territorio que habitan. 16. A la participación en los beneficios de la explotación de los recursos naturales en sus territorios. 17. A la gestión territorial indígena autónoma, y al uso y aprovechamiento exclusivo de los recursos naturales renovables existentes en su territorio sin perjuicio de los derechos legítimamente adquiridos por terceros. 18. A la participación en los órganos e instituciones del Estado».

En virtud del numeral 3, el Estado se compromete a garantizar, respetar y proteger los derechos de los indígenas previstos por la Constitución y por las leyes³⁸⁷.

El artículo 32, hace referencia a los derechos de los pueblos indígenas en situación de aislamiento, a los cuales les será respetado el derecho a permanecer en dicha condición³⁸⁸. Debe también señalarse cómo al pueblo afroboliviano se le reconocen derechos análogos a aquellos atribuidos a los pueblos indígenas³⁸⁹.

Otras referencias a los pueblos indígenas, se encuentran contempladas en la Sección II del Capítulo II («Derechos sociales y económicos») del Título II. Se trata del derecho a la salud y a la seguridad social (Sección II), que prevé un sistema de salud único que incluya también la medicina tradicional indígena³⁹⁰, y de la promoción de esta medicina tradicional por parte del Estado³⁹¹. El Capítulo VI («Educación, interculturalidad y derechos culturales») del Título II abunda en dichas referencias: con respecto a las finalidades fundamentales de la educación³⁹², a la

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

388. «Artículo 31. I. Las naciones y pueblos indígena originarios en peligro de extinción, en situación de aislamiento voluntario y no contactados, serán protegidos y respetados en sus formas de vida individual y colectiva. II. Las naciones y pueblos indígenas en aislamiento y no contactados gozan del derecho a mantenerse en esa condición, a la delimitación y consolidación legal del territorio que ocupan y habitan».

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

390. «Artículo 35.I. El Estado, en todos sus niveles, protegerá el derecho a la salud, promoviendo políticas públicas orientadas a mejorar la calidad de vida, el bienestar colectivo y el acceso gratuito de la población a los servicios de salud.II. El sistema de salud es único e incluye a la medicina tradicional de las naciones y pueblos indígena originario campesinos»

391. «Artículo 42.I. Es responsabilidad del Estado promover y garantizar el respeto, uso, investigación y práctica de la medicina tradicional, rescatando los conocimientos y prácticas ancestrales desde el pensamiento y valores de todas las naciones y pueblos indígena originario campesinos.II. La promoción de la medicina tradicional incorporará el registro de medicamentos naturales y de sus principios activos, así como la protección de su conocimiento como propiedad intelectual, histórica, cultural, y como patrimonio de las naciones y pueblos indígena originario campesinos.III. La ley regulará el ejercicio de la medicina tradicional y garantizará la calidad de su servicio»

392. «Artículo 80. I. La educación tendrá como objetivo la formación integral de las personas y el fortalecimiento de la conciencia social crítica en la vida y para la vida. La educación estará orientada a la formación individual y colectiva; al desarrollo de competencias, aptitudes y habilidades físicas e intelectuales que vincule la teoría con la práctica productiva; a la conservación y protección del medio ambiente, la biodiversidad y el territorio para el vivir bien. Su regulación y cumplimiento serán establecidos por la ley. II. La educación contribuirá al fortalecimiento de la unidad e identidad de todas y todos como parte del Estado Plurinacional, así como a la identidad y desarrollo cultural de los miembros de cada nación o pueblo indígena originario campesino, y al entendimiento y enriquecimiento intercultural dentro del Estado».

participación social en el sistema educativo³⁹³, a la libertad religiosa en los centros educativos³⁹⁴, a la educación superior³⁹⁵, a la diversidad cultural³⁹⁶, a la defensa del patrimonio cultural indígena³⁹⁷ y a la transferencia de los conocimientos científicos y tecnológicos³⁹⁸.

En la segunda parte de la Constitución («Estructura y Organización funcional del Estado»), varias disposiciones establecen las modalidades de representación política de los pueblos indígenas en el Órgano Legislativo, la Asamblea Legislativa

-
393. «Artículo 83. Se reconoce y garantiza la participación social, la participación comunitaria y de los padres de familia en el sistema educativo, mediante organismos representativos en todos los niveles del Estado y en las naciones y pueblos indígena originario campesinos. Su composición y atribuciones estarán establecidas en la ley».
394. «Artículo 86. En los centros educativos se reconocerá y garantizará la libertad de conciencia y de fe y de la enseñanza de religión, así como la espiritualidad de las naciones y pueblos indígena originario campesinos, y se fomentará el respeto y la convivencia mutua entre las personas con diversas opciones religiosas, sin imposición dogmática. En estos centros no se discriminará en la aceptación y permanencia de las alumnas y los alumnos por su opción religiosa».
395. «Artículo 91. I. La educación superior desarrolla procesos de formación profesional, de generación y divulgación de conocimientos orientados al desarrollo integral de la sociedad, para lo cual tomará en cuenta los conocimientos universales y los saberes colectivos de las naciones y pueblos indígena originario campesinos (...)».
- «Artículo 93. (...) IV. Las universidades públicas, en el marco de sus estatutos, establecerán programas de desconcentración académica y de interculturalidad, de acuerdo a las necesidades del Estado y de las naciones y pueblos indígena originario campesinos».
- «Artículo 95. (...) II. Las universidades deberán implementar programas para la recuperación, preservación, desarrollo, aprendizaje y divulgación de las diferentes lenguas de las naciones y pueblos indígena originario campesinos (...)».
396. «Artículo 98. I. La diversidad cultural constituye la base esencial del Estado Plurinacional Comunitario. La interculturalidad es el instrumento para la cohesión y la convivencia armónica y equilibrada entre todos los pueblos y naciones. La interculturalidad tendrá lugar con respeto a las diferencias y en igualdad de condiciones. II. El Estado asumirá como fortaleza la existencia de culturas indígena originario campesinas, depositarias de saberes, conocimientos, valores, espiritualidades y cosmovisiones. III. Será responsabilidad fundamental del Estado preservar, desarrollar, proteger y difundir las culturas existentes en el país».
397. «Artículo 100. I. Es patrimonio de las naciones y pueblos indígena originario campesinos las cosmovisiones, los mitos, la historia oral, las danzas, las prácticas culturales, los conocimientos y las tecnologías tradicionales. Este patrimonio forma parte de la expresión e identidad del Estado. II. El Estado protegerá los saberes y los conocimientos mediante el registro de la propiedad intelectual que salvaguarde los derechos intangibles de las naciones y pueblos indígena originario campesinas y las comunidades interculturales y afrobolivianas».
398. «Artículo 103. (...) III. El Estado, las universidades, las empresas productivas y de servicio públicas y privadas, y las naciones y pueblos indígena originario campesinos, desarrollarán y coordinarán procesos de investigación, innovación, promoción, divulgación, aplicación y transferencia de ciencia y tecnología para fortalecer la base productiva e impulsar el desarrollo integral de la sociedad, de acuerdo con la ley».

plurinacional, según criterios que puedan prescindir, excepcionalmente, de la densidad de población y de la continuidad geográfica³⁹⁹.

En cuanto a la función judicial, está prevista una jurisdicción indígena con la misma jerarquía de la jurisdicción ordinaria⁴⁰⁰. A esta jurisdicción está dedicado todo el Capítulo IV del Título III de la Segunda Parte. Esta, sitúa con autoridad procedimientos y principios propios, pero respetando los derechos fundamentales⁴⁰¹. La jurisdicción se ejerce en el ámbito de vigencia personal, pero se re direcciona a la misma ley⁴⁰², que establece las modalidades de cooperación y coordinación entre la jurisdicción especial indígena y las otras⁴⁰³.

399. «Artículo 146. (...) VII. Las circunscripciones especiales indígena originario campesinas, se regirán por el principio de densidad poblacional en cada departamento. No deberán trascender los límites departamentales. Se establecerán solamente en el área rural, y en aquellos departamentos en los que estos pueblos y naciones indígena originario campesinos constituyan una minoría poblacional. El Órgano Electoral determinará las circunscripciones especiales. Estas circunscripciones forman parte del número total de diputados».

«Artículo 147.(...). III. En la elección de asambleístas se garantizará la participación proporcional de las naciones y pueblos indígena originario campesinos. III. La ley determinará las circunscripciones especiales indígena originario campesinas, donde no deberán ser considerados como criterios condicionales la densidad poblacional, ni la continuidad geográfica».

400. «Artículo 179. I. La función judicial es única. La jurisdicción ordinaria se ejerce por el Tribunal Supremo de Justicia, los tribunales departamentales de justicia, los tribunales de sentencia y los jueces; la jurisdicción agroambiental por el Tribunal y jueces agroambientales; la jurisdicción indígena originaria campesina se ejerce por sus propias autoridades; existirán jurisdicciones especializadas reguladas por la ley. II. La jurisdicción ordinaria y la jurisdicción indígena originario campesina gozarán de igual jerarquía. (...)».

401. «Artículo 190. I. Las naciones y pueblos indígena originario campesinos ejercerán sus funciones jurisdiccionales y de competencia a través de sus autoridades, y aplicarán sus principios, valores culturales, normas y procedimientos propios. II. La jurisdicción indígena originaria campesina respeta el derecho a la vida, el derecho a la defensa y demás derechos y garantías establecidos en la presente Constitución». Vedi anche l'art. 119. I: «Las partes en conflicto gozarán de igualdad de oportunidades para ejercer durante el proceso las facultades y los derechos que les asistan, sea por la vía ordinaria o por la indígena originaria campesina».

402. «Artículo 191. I. La jurisdicción indígena originario campesina se fundamenta en un vínculo particular de las personas que son miembros de la respectiva nación o pueblo indígena originario campesino. II. La jurisdicción indígena originario campesina se ejerce en los siguientes ámbitos de vigencia personal, material y territorial: Están sujetos a esta jurisdicción los miembros de la nación o pueblo indígena originario campesino, sea que actúen como actores o demandado, denunciados o querellantes, denunciados o imputados, recurrentes o recurridos. Esta jurisdicción conoce los asuntos indígena originario campesinos de conformidad a lo establecido en una Ley de Deslinde Jurisdiccional. Esta jurisdicción se aplica a las relaciones y hechos jurídicos que se realizan o cuyos efectos se producen dentro de la jurisdicción de un pueblo indígena originario campesino».

403. «Artículo 192. I. Toda autoridad pública o persona acatará las decisiones de la jurisdicción indígena originaria campesina. II. Para el cumplimiento de las decisiones de la jurisdicción indígena originario campesina, sus autoridades podrán solicitar el apoyo de los órganos competentes del Estado. III. El Estado promoverá y fortalecerá la justicia indígena originaria campesina. La Ley de Deslinde Jurisdiccional, determinará los mecanismos de coordinación y cooperación entre la jurisdicción indígena originaria campesina con la jurisdicción ordinaria y la jurisdicción agroambiental y todas las jurisdicciones constitucionalmente reconocidas».

También está prevista una representación indígena en el Tribunal Constitucional Plurinacional⁴⁰⁴, el cual tiene dentro de sus competencias, la de emitir sus conceptos ante las autoridades jurisdiccionales indígenas en casos concretos y conocer los conflictos de competencia que se presenten entre la jurisdicción indígena y las otras⁴⁰⁵.

La representación indígena está también garantizada al interior del Tribunal Supremo Electoral⁴⁰⁶, mientras que normas finales reglamentan el funcionamiento democrático de los partidos políticos indígenas, pudiendo inspirarse en los principios de la democracia comunitaria⁴⁰⁷: la elección de los representantes se hará de acuerdo con los procedimientos y normas propias, pero siempre bajo la vigilancia del Tribunal antes citado⁴⁰⁸.

-
404. «Artículo 197. I. El Tribunal Constitucional Plurinacional estará integrado por Magistradas y Magistrados elegidos con criterios de plurinacionalidad, con representación del sistema ordinario y del sistema indígena originario campesino». Vedi anche l'art. 199, comma II: « Las candidatas y los candidatos al Tribunal Constitucional Plurinacional podrán ser propuestas y propuestos por organizaciones de la sociedad civil y de las naciones y pueblos indígena originario campesinos.»
405. «Artículo 202. Son atribuciones del Tribunal Constitucional Plurinacional, además de las establecidas en la Constitución y la ley, conocer y resolver: (...) 8. Las consultas de las autoridades indígenas originario campesinas sobre la aplicación de sus normas jurídicas aplicadas a un caso concreto. La decisión del Tribunal Constitucional es obligatoria. (...) 11. Los conflictos de competencia entre la jurisdicción indígena originaria campesina y la jurisdicción ordinaria y agroambiental (...)».
406. «Artículo 206. I. El Tribunal Supremo Electoral es el máximo nivel del Órgano Electoral, tiene jurisdicción nacional. II. El Tribunal Supremo Electoral está compuesto por siete miembros, quienes durarán en sus funciones seis años sin posibilidad de reelección, y al menos dos de los cuales serán de origen indígena originario campesino. III. La Asamblea Legislativa Plurinacional, por dos tercios de votos de los miembros presentes, elegirá a seis de los miembros del Órgano Electoral Plurinacional. La Presidenta o el Presidente del Estado designará a uno de sus miembros. IV. La elección de los miembros del Órgano Electoral Plurinacional requerirá de convocatoria pública previa, y calificación de capacidad y méritos a través de concurso público. V. Las Asambleas Legislativas Departamentales o Consejos Departamentales seleccionarán por dos tercios de votos de sus miembros presentes, una terna por cada uno de los vocales de los Tribunales Departamentales Electorales. De estas ternas la Cámara de Diputados elegirá a los miembros de los Tribunales Departamentales Electorales, por dos tercios de votos de los miembros presentes, garantizando que al menos uno de sus miembros sea perteneciente a las naciones y pueblos indígenas originarios campesinos del Departamento»
407. «Artículo 210. I. La organización y funcionamiento de las organizaciones de las naciones y pueblos indígena originario campesinos, las agrupaciones ciudadanas y los partidos políticos deberán ser democráticos. II. La elección interna de las dirigentes y los dirigentes y de las candidatas y los candidatos de las agrupaciones ciudadanas y de los partidos políticos será regulada y fiscalizada por el Órgano Electoral Plurinacional, que garantizará la igual participación de hombres y mujeres. III. Las organizaciones de las naciones y pueblos indígena originario campesinos podrán elegir a sus candidatas o candidatos de acuerdo con sus normas propias de democracia comunitaria».
408. «Artículo 211. I. Las naciones y pueblos indígena originario campesinos podrán elegir a sus representantes políticos en las instancias que corresponda, de acuerdo con sus formas propias de elección. II. El Órgano Electoral supervisará que en la elección de autoridades, representantes y candidatas y candidatos de los pueblos y naciones indígena originario campesinos mediante normas y procedimientos propios, se de estricto cumplimiento a la normativa de esos pueblos y naciones».

Corresponde a la *Defensoría del pueblo*, además de otras funciones que le son propias, velar por los derechos de los pueblos indígenas⁴⁰⁹.

También la negociación, suscripción y ratificación de los tratados internacionales, deberá respetar los derechos de los pueblos indígenas⁴¹⁰; se dedica atención especial a los pueblos indígenas fronterizos⁴¹¹, así como a la cuestión de las relaciones con los otros pueblos indígenas⁴¹².

Al tema de la organización territorial del Estado, está dedicada la tercera parte de la Constitución. Los territorios indígenas se consideran una de las subdivisiones del Estado⁴¹³, mientras que la preexistencia de comunidades indígenas constituye uno de los principios que rigen la materia⁴¹⁴.

Los representantes indígenas, participan en las Asambleas del Departamento⁴¹⁵, y eventualmente en los Concejos Municipales⁴¹⁶, pero la forma con la cual encuentran especial expresión las instituciones de los pueblos indígenas,

409. «Artículo 218. (...) II. Corresponderá asimismo a la Defensoría del Pueblo la promoción de la defensa de los derechos de las naciones y pueblos indígena originario campesinos, de las comunidades urbanas e interculturales, y de las bolivianas y los bolivianos en el exterior. (...)»

410. «Artículo 255. (...) II. La negociación, suscripción y ratificación de tratados internacionales se regirá por los principios de: (...) 4. Respeto a los derechos de los pueblos indígenas originarios campesinos. (...)».

411. «Artículo 264. I. El Estado establecerá una política permanente de desarrollo armónico, integral, sostenible y estratégico de las fronteras, con la finalidad de mejorar las condiciones de vida de su población, y en especial de las naciones y pueblos indígena originario campesinos fronterizos. (...)».

412. «Artículo 265. (...) II. El Estado fortalecerá la integración de sus naciones y pueblos indígena originario campesinos con los pueblos indígenas del mundo».

413. «Artículo 269. I. Bolivia se organiza territorialmente en departamentos, provincias, municipios y territorios indígena originario campesinos».

414. «Artículo 270. Los principios que rigen la organización territorial y las entidades territoriales descentralizadas y autónomas son: la unidad, voluntariedad, solidaridad, equidad, bien común, autogobierno, igualdad, complementariedad, reciprocidad, equidad de género, subsidiariedad, gradualidad, coordinación y lealtad institucional, transparencia, participación y control social, provisión de recursos económicos y preexistencia de las naciones y pueblos indígena originario campesinos, en los términos establecidos en esta Constitución».

415. «Artículo 278. I. La Asamblea Departamental estará compuesta por asambleístas departamentales, elegidas y elegidos por votación universal, directa, libre, secreta y obligatoria; y por asambleístas departamentales elegidos por las naciones y pueblos indígena originario campesinos, de acuerdo a sus propias normas y procedimientos. II. La Ley determinará los criterios generales para la elección de asambleístas departamentales, tomando en cuenta representación poblacional, territorial, de identidad cultural y lingüística cuando son minorías indígena originario campesinas, y paridad y alternancia de género. Los Estatutos Autonómicos definirán su aplicación de acuerdo a la realidad y condiciones específicas de su jurisdicción».

416. «Artículo 284. I. El Concejo Municipal estará compuesto por concejalas y concejales elegidas y elegidos mediante sufragio universal. II. En los municipios donde existan naciones o pueblos indígena originario campesinos, que no constituyan una autonomía indígena originaria campesina, éstos podrán elegir sus representantes ante el Concejo Municipal de forma directa mediante normas y procedimientos propios y de acuerdo a la Carta Orgánica Municipal».

está representada por la Autonomía indígena, a la cual se dedica el Capítulo Séptimo de la Tercera Parte. Esta consiste en el autogobierno como ejercicio de la «libre determinación» de los pueblos indígenas⁴¹⁷. La conformación de la autonomía indígena se basa en los territorios ancestrales habitados actualmente por estos pueblos y el autogobierno deberá ejercerse de conformidad a las normas y procedimientos propios, y en armonía con las leyes y la Constitución⁴¹⁸. Concretamente, son autonomías indígenas los municipios y las regiones que adoptan tal cualidad⁴¹⁹, elaborando un Estatuto propio⁴²⁰, y constituyéndose de acuerdo con un procedimiento determinado, dependiendo de que su territorio comprenda el de uno o más municipios o una región⁴²¹.

-
417. «Artículo 289. La autonomía indígena originaria campesina consiste en el autogobierno como ejercicio de la libre determinación de las naciones y los pueblos indígena originario campesinos, cuya población comparte territorio, cultura, historia, lenguas, y organización o instituciones jurídicas, políticas, sociales y económicas propias».
418. «Artículo 290. I. La conformación de la autonomía indígena originario campesina se basa en los territorios ancestrales, actualmente habitados por esos pueblos y naciones, y en la voluntad de su población, expresada en consulta, de acuerdo a la Constitución y la ley. II. El autogobierno de las autonomías indígenas originario campesinas se ejercerá de acuerdo a sus normas, instituciones, autoridades y procedimientos, conforme a sus atribuciones y competencias, en armonía con la Constitución y la ley»
419. «Artículo 291. I. Son autonomías indígena originario campesinas los territorios indígena originario campesinos, y los municipios, y regiones que adoptan tal cualidad de acuerdo a lo establecido en esta Constitución y la ley. II. Dos o más pueblos indígenas originarios campesinos podrán conformar una sola autonomía indígena originaria campesina».
420. «Artículo 292. Cada autonomía indígena originario campesina elaborará su Estatuto, de acuerdo a sus normas y procedimientos propios, según la Constitución y la Ley».
421. «Artículo 293. I. La autonomía indígena basada en territorios indígenas consolidados y aquellos en proceso, una vez consolidados, se constituirá por la voluntad expresada de su población en consulta en conformidad a sus normas y procedimientos propios como único requisito exigible. II. Si la conformación de una autonomía indígena originario campesina afectase límites de distritos municipales, el pueblo o nación indígena originario campesino y el gobierno municipal deberán acordar una nueva delimitación distrital. Si afectase límites municipales, deberá seguirse un procedimiento ante la Asamblea Legislativa Plurinacional para su aprobación, previo cumplimiento de los requisitos y condiciones particulares que señale la Ley. III. La Ley establecerá requisitos mínimos de población y otros diferenciados para la constitución de autonomía indígena originario campesina. IV. Para constituir una autonomía indígena originario campesina cuyos territorios se encuentren en uno o más municipios, la ley señalará los mecanismos de articulación, coordinación y cooperación para el ejercicio de su gobierno». «Artículo 294. I. La decisión de constituir una autonomía indígena originario campesina se adoptará de acuerdo a las normas y procedimientos de consulta, conforme a los requisitos y condiciones establecidos por la Constitución y la ley. II. La decisión de convertir un municipio en autonomía indígena originario campesina se adoptará mediante referendo conforme a los requisitos y condiciones establecidos por ley. III. En los municipios donde existan comunidades campesinas con estructuras organizativas propias que las articulen y con continuidad geográfica, podrá conformarse un nuevo municipio, siguiendo el procedimiento ante la Asamblea Legislativa Plurinacional para su aprobación, previo cumplimiento de requisitos y condiciones conforme a la Constitución y la ley». «Artículo 295. I. Para conformar una región indígena originario campesina que afecte límites municipales deberá previamente seguirse un procedimiento ante la Asamblea Legislativa Plurinacional cumpliendo los requisitos y condiciones particulares señalados por Ley. II. La agregación de municipios, distritos municipales y/o autonomías indígena originario campesinas para conformar una región indígena originario campesina, se decidirá mediante referendo y/o de acuerdo a sus normas y procedimientos de consulta según corresponda y conforme a los requisitos y condiciones establecidos por la Constitución y la Ley»

El gobierno de la autonomía indígena, se ejercerá a través de sus propias normas⁴²².

En cuanto a las competencias, los gobiernos departamentales deben elaborar y ejecutar sus propios Planes de Ordenamiento Territorial en coordinación con aquellos de las autonomías indígenas⁴²³; también los gobiernos municipales, en lo referente a la elaboración de los Planes de Ordenamiento Territorial y de uso del suelo y la administración de caminos vecinales, los sistemas de microriego y ciertos materiales («áridos y agregados»)⁴²⁴. Las autonomías indígenas pueden también asumir las competencias de los municipios y de las regiones⁴²⁵. Llegamos así a una larga lista de competencias ejercidas por las autonomías indígenas territoriales de manera exclusiva, compartida y concurrente⁴²⁶.

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

423. «Artículo 300. I. Son competencias exclusivas de los gobiernos departamentales autónomos, en su jurisdicción: (...) 5. Elaboración y ejecución de Planes de Ordenamiento Territorial y de uso de suelos, en coordinación con los planes del nivel central del Estado municipales e indígena originario campesino».

424. «Artículo 302. I. Son competencias exclusivas de los gobiernos municipales autónomos, en su jurisdicción: 6. Elaboración de Planes de Ordenamiento Territorial y de uso de suelos, en coordinación con los planes del nivel central del Estado, departamentales e indígenas. 7. Planificar, diseñar, construir, conservar y administrar caminos vecinales en coordinación con los pueblos indígena originario campesinos cuando corresponda. 38. Sistemas de microriego en coordinación con los pueblos indígena originario campesinos. 41. Áridos y agregados, en coordinación con los pueblos indígena originario campesinos, cuando corresponda».

425. «Artículo 303. I. La autonomía indígena originario campesina, además de sus competencias, asumirá las de los municipios, de acuerdo con un proceso de desarrollo institucional y con las características culturales propias de conformidad a la Constitución y a la Ley Marco de Autonomías y Descentralización. II. La región indígena originario campesina, asumirá las competencias que le sean transferidas o delegadas».

426. «Artículo 304. I. Las autonomías indígena originario campesinas podrán ejercer las siguientes competencias exclusivas: 1. Elaborar su Estatuto para el ejercicio de su autonomía conforme a la Constitución y la ley. 2. Definición y gestión de formas propias de desarrollo económico, social, político, organizativo y cultural, de acuerdo con su identidad y visión de cada pueblo. 3. Gestión y administración de los recursos naturales renovables, de acuerdo a la Constitución. 4. Elaboración de Planes de Ordenamiento Territorial y de uso de suelos, en coordinación con los planes del nivel central del Estado, departamentales, y municipales. 5. Electrificación en sistemas aislados dentro de su jurisdicción. 6. Mantenimiento y administración de caminos vecinales y comunales. 7. Administración y preservación de áreas protegidas en su jurisdicción, en el marco de la política del Estado. 8. Ejercicio de la jurisdicción indígena originaria campesina para la aplicación de justicia y resolución de conflictos a través de normas y procedimientos propios de acuerdo a la Constitución y la ley. 9. Deporte, esparcimiento y recreación. 10. Patrimonio cultural, tangible e intangible. Resguardo, fomento y promoción de sus culturas, arte, identidad, centros arqueológicos, lugares religiosos, culturales y museos. 11. Políticas de Turismo. 12. Crear y administrar tasas, patentes y contribuciones especiales en el ámbito de su jurisdicción de acuerdo a Ley. 13. Administrar los impuestos de su competencia en el ámbito de

Posteriormente, nos encontramos con la Cuarta Parte de la Constitución de Bolivia, dedicada a la «Estructura y organización económica del Estado» resaltando, primero que todo, cómo el Estado reconoce, respeta, protege y promueve la organización económica comunitaria, la cual comprende los sistemas de producción y reproducción de la vida fundados en los principios y visión propios de los pueblos indígenas⁴²⁷.

La industrialización de los recursos naturales deberá respetar el medio ambiente y los derechos y territorios de los pueblos indígenas⁴²⁸.

su jurisdicción. 14. Elaborar, aprobar y ejecutar sus programas de operaciones y su presupuesto. 15. Planificación y gestión de la ocupación territorial. 16. Vivienda, urbanismo y redistribución poblacional conforme a sus prácticas culturales en el ámbito de su jurisdicción. 17. Promover y suscribir acuerdos de cooperación con otros pueblos y entidades públicas y privadas. 18. Mantenimiento y administración de sus sistemas de microriego. 19. Fomento y desarrollo de su vocación productiva. 20. Construcción, mantenimiento y administración de la infraestructura necesaria para el desarrollo en su jurisdicción. 21. Participar, desarrollar y ejecutar los mecanismos de consulta previa, libre e informada relativos a la aplicación de medidas legislativas, ejecutivas y administrativas que los afecten. 22. Preservación del hábitat y el paisaje, conforme a sus principios, normas y prácticas culturales, tecnológicas, espaciales e históricas. 23. Desarrollo y ejercicio de sus instituciones democráticas conforme a sus normas y procedimientos propios. II. Las autonomías indígena originario campesinas podrán ejercer las siguientes competencias compartidas: 1. Intercambios internacionales en el marco de la política exterior del Estado. 2. Participación y control en el aprovechamiento de áridos. 3. Resguardo y registro de los derechos intelectuales colectivos, referidos a conocimientos de recursos genéticos, medicina tradicional y germoplasma, de acuerdo con la ley. 4. Control y regulación a las instituciones y organizaciones externas que desarrollen actividades en su jurisdicción, inherentes al desarrollo de su institucionalidad, cultura, medio ambiente y patrimonio natural. III. Las autonomías indígena originario campesinas podrán ejercer las siguientes competencias concurrentes: 1. Organización, planificación y ejecución de políticas de salud en su jurisdicción. 2. Organización, planificación y ejecución de planes, programas y proyectos de educación, ciencia, tecnología e investigación, en el marco de la legislación del Estado. 3. Conservación de recursos forestales, biodiversidad y medio ambiente. 4. Sistemas de riego, recursos hídricos, fuentes de agua y energía, en el marco de la política del Estado, al interior de su jurisdicción. 5. Construcción de sistemas de microriego. 6. Construcción de caminos vecinales y comunales. 7. Promoción de la construcción de infraestructuras productivas. 8. Promoción y fomento a la agricultura y ganadería. 9. Control y monitoreo socioambiental a las actividades hidrocarburíferas y mineras que se desarrollan en su jurisdicción. 10. Sistemas de control fiscal y administración de bienes y servicios. IV. Los recursos necesarios para el cumplimiento de sus competencias serán transferidos automáticamente por el Estado Plurinacional de acuerdo a la ley».

427. «Artículo 307. El Estado reconocerá, respetará, protegerá y promoverá la organización económica comunitaria. Esta forma de organización económica comunitaria comprende los sistemas de producción y reproducción de la vida social, fundados en los principios y visión propios de las naciones y pueblos indígena originario y campesinos».

428. «Artículo 319. I. La industrialización de los recursos naturales será prioridad en las políticas económicas, en el marco del respeto y protección del medio ambiente y de los derechos de las naciones y pueblos indígena originario campesinos y sus territorios. La articulación de la explotación de los recursos naturales con el aparato productivo interno será prioritaria en las políticas económicas del Estado».

El Estado promueve el turismo comunitario, con el objetivo de beneficiar a las comunidades urbanas y rurales y a los pueblos indígenas⁴²⁹.

En cuanto al tema fiscal, se prevén rentas propias de las autonomías indígenas territoriales, quienes las administrarán de manera descentralizada⁴³⁰.

La explotación de los recursos naturales en un determinado territorio, está sujeta al proceso de consulta a la población afectada, que será libre, previa e informada, respetando las normas y procedimientos propios de los pueblos indígenas⁴³¹. El pueblo boliviano tendrá acceso equitativo a los beneficios que se deriven, con participación prioritaria de los territorios donde se encuentren estos recursos y los pueblos indígenas⁴³².

El Estado reconoce, respeta y protege los usos y costumbres indígenas sobre el derecho y la gestión sustentable del agua⁴³³.

429. «Artículo 337. I. El turismo es una actividad económica estratégica que deberá desarrollarse de manera sustentable para lo que tomará en cuenta la riqueza de las culturas y el respeto al medio ambiente. II. El Estado promoverá y protegerá el turismo comunitario con el objetivo de beneficiar a las comunidades urbanas y rurales, y las naciones y pueblos indígena originario campesinos donde se desarrolle esta actividad.(...)»

430. «Artículo 340. I. Las rentas del Estado se dividen en nacionales, departamentales, municipales, e indígena originario campesinas y se invertirán independientemente por sus Tesoros, conforme a sus respectivos presupuestos. II. La ley clasificará los ingresos nacionales, departamentales, municipales e indígena originario campesinos. III. Los recursos departamentales, municipales, de autonomías indígena originario campesinas, judiciales y universitarios recaudados por oficinas dependientes del nivel nacional, no serán centralizados en el Tesoro Nacional. IV. El Órgano Ejecutivo nacional establecerá las normas destinadas a la elaboración y presentación de los proyectos de presupuestos de todo el sector público, incluidas las autonomías».

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

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

433. «Artículo 374. I. El Estado protegerá y garantizará el uso prioritario del agua para la vida. Es deber del Estado gestionar, regular, proteger y planificar el uso adecuado y sustentable de los recursos hídricos, con participación social, garantizando el acceso al agua a todos sus habitantes. La ley establecerá las condiciones y limitaciones de todos los usos. II. El Estado reconocerá, respetará y protegerá los usos y costumbres de las comunidades, de sus autoridades locales y de las organizaciones indígena originaria campesinas sobre el derecho, el manejo y la gestión sustentable del agua. III. Las aguas fósiles, glaciales, humedales, subterráneas, minerales, medicinales y otras son prioritarias para el Estado, que deberá garantizar su conservación, protección, preservación, restauración, uso sustentable y gestión integral; son inalienables, inembargables e imprescriptibles».

La coca se encuentra protegida como patrimonio cultural, recurso renovable de la biodiversidad boliviana y de cohesión social. Se especifica que en su estado natural, no constituye una sustancia estupefaciente⁴³⁴.

En los casos donde exista sobreposición de áreas protegidas y territorios indígenas, la gestión deberá hacerse con sujeción a las normas y procedimientos de los pueblos indígenas, respetando la función de dichas áreas⁴³⁵.

Las comunidades indígenas situadas dentro de áreas forestales son titulares del derecho exclusivo de su aprovechamiento y de su gestión, de acuerdo con la ley⁴³⁶.

Para una administración participativa de la selva amazónica, se creará un organismo especial descentralizado en coordinación con las autoridades indígenas⁴³⁷. El Estado implementará políticas en beneficio de los pueblos indígenas, dirigidas a promover los productos extractivos tradicionales⁴³⁸.

El Estado reconoce, protege y garantiza la propiedad comunitaria colectiva que comprende el territorio indígena, las comunidades interculturales y las campesinas.

434. «Artículo 384. El Estado protege a la coca originaria y ancestral como patrimonio cultural, recurso natural renovable de la biodiversidad de Bolivia, y como factor de cohesión social; en su estado natural no es estupefaciente. La revalorización, producción, comercialización e industrialización se regirá mediante la ley»

435. «Artículo 385. I. Las áreas protegidas constituyen un bien común y forman parte del patrimonio natural y cultural del país; cumplen funciones ambientales, culturales, sociales y económicas para el desarrollo sustentable. II. Donde exista sobreposición de áreas protegidas y territorios indígena originario campesinos, la gestión compartida se realizará con sujeción a las normas y procedimientos propios de las naciones y pueblos indígena originaria campesinos, respetando el objeto de creación de estas áreas».

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

437. «Artículo 391. I. El Estado priorizará el desarrollo integral sustentable de la amazonia boliviana, a través de una administración integral, participativa, compartida y equitativa de la selva amazónica. La administración estará orientada a la generación de empleo y a mejorar los ingresos para sus habitantes, en el marco de la protección y sustentabilidad del medio ambiente. II. El Estado fomentará el acceso al financiamiento para actividades turísticas, ecoturísticas y otras iniciativas de emprendimiento regional. III. El Estado en coordinación con las autoridades indígena originario campesinas y los habitantes de la amazonia, creará un organismo especial, descentralizado, con sede en la amazonia, para promover actividades propias de la región».

438. «Artículo 392. I. El Estado implementará políticas especiales en beneficio de las naciones y pueblos indígena originario campesinos de la región para generar las condiciones necesarias para la reactivación, incentivo, industrialización, comercialización, protección y conservación de los productos extractivos tradicionales. II. Se reconoce el valor histórico cultural y económico de la siringa y del castaño, símbolos de la amazonia boliviana, cuya tala será penalizada, salvo en los casos de interés público regulados por la ley».

Esta propiedad colectiva es indivisible, imprescriptible, no puede ser confiscada, es inembargable, inalienable e irreversible y está exenta del pago de impuestos a la propiedad agraria. El título puede ser atribuido a la comunidad, reconociendo la complementariedad entre derechos colectivos e individuales respetando la unidad territorial⁴³⁹. Las tierras fiscales pueden ser atribuidas a los indígenas, así como a otras categorías de población⁴⁴⁰.

La función social de la tierra se entenderá como el aprovechamiento sustentable de la misma por parte de los pueblos indígenas de manera tal que constituya la fuente de subsistencia y de bienestar de sus titulares; en el ejercicio de la función social se reconocen las normas propias de las comunidades⁴⁴¹. Está prohibido el latifundio y se establece una superficie máxima de cinco mil hectáreas⁴⁴².

439. «Artículo 394. I. La propiedad agraria individual se clasifica en pequeña, mediana y empresarial, en función a la superficie, a la producción y a los criterios de desarrollo. Sus extensiones máximas y mínimas, características y formas de conversión serán reguladas por la ley. Se garantizan los derechos legalmente adquiridos por propietarios particulares cuyos predios se encuentren ubicados al interior de territorios indígena originario campesinos. II. La pequeña propiedad es indivisible, constituye patrimonio familiar inembargable, y no está sujeta al pago de impuestos a la propiedad agraria. La indivisibilidad no afecta el derecho a la sucesión hereditaria en las condiciones establecidas por ley. III. El Estado reconoce, protege y garantiza la propiedad comunitaria o colectiva, que comprende el territorio indígena originario campesino, las comunidades interculturales originarias y de las comunidades campesinas. La propiedad colectiva se declara indivisible, imprescriptible, inembargable, inalienable e irreversible y no está sujeta al pago de impuestos a la propiedad agraria. Las comunidades podrán ser tituladas reconociendo la complementariedad entre derechos colectivos e individuales respetando la unidad territorial con identidad».

440. «Artículo 395. I. Las tierras fiscales serán dotadas a indígena originario campesinos, comunidades interculturales originarias, afrobolivianos y comunidades campesinas que no las posean o las posean insuficientemente, de acuerdo con una política estatal que atienda a las realidades ecológicas y geográficas, así como a las necesidades poblacionales, sociales, culturales y económicas. La dotación se realizará de acuerdo con las políticas de desarrollo rural sustentable y la titularidad de las mujeres al acceso, distribución y redistribución de la tierra, sin discriminación por estado civil o unión conyugal. II. Se prohíben las dobles dotaciones y la compraventa, permuta y donación de tierras entregadas en dotación. III. Por ser contraria al interés colectivo, está prohibida la obtención de renta fundiaria generada por el uso especulativo de la tierra».

441. «Artículo 397. I. El trabajo es la fuente fundamental para la adquisición y conservación de la propiedad agraria. Las propiedades deberán cumplir con la función social o con la función económica social para salvaguardar su derecho, de acuerdo a la naturaleza de la propiedad. II. La función social se entenderá como el aprovechamiento sustentable de la tierra por parte de pueblos y comunidades indígena originario campesinos, así como el que se realiza en pequeñas propiedades, y constituye la fuente de subsistencia y de bienestar y desarrollo sociocultural de sus titulares. En el cumplimiento de la función social se reconocen las normas propias de las comunidades. III. La función económica social debe entenderse como el empleo sustentable de la tierra en el desarrollo de actividades productivas, conforme a su capacidad de uso mayor, en beneficio de la sociedad, del interés colectivo y de su propietario. La propiedad empresarial está sujeta a revisión de acuerdo con la ley, para verificar el cumplimiento de la función económica y social».

442. «Artículo 398. Se prohíbe el latifundio y la doble titulación por ser contrarios al interés colectivo y al desarrollo del país. Se entiende por latifundio la tenencia improductiva de la tierra; la tierra que no cumpla la función económica social; la explotación de la tierra que aplica un sistema de servidumbre, semiesclavitud o esclavitud en la relación laboral o la propiedad que sobrepasa la superficie máxima zonificada establecida en la ley. La superficie máxima en ningún caso podrá exceder de cinco mil hectáreas».

Se reconoce la integralidad del territorio indígena, que incluye el derecho a la tierra, al uso y al aprovechamiento exclusivo de los recursos naturales renovables, la consulta previa e informada y la participación en los beneficios por la explotación de los recursos naturales no renovables, la facultad de aplicar sus normas propias y la definición de su desarrollo de acuerdo con sus criterios culturales y los principios de convivencia armónica con la naturaleza. El territorio indígena comprende áreas de producción, áreas de aprovechamiento y conservación de los recursos naturales y espacios de reproducción social, espiritual y cultural⁴⁴³.

El respeto de todas las dimensiones de la vida de la comunidad indígena, constituye uno de los principios rectores del llamado desarrollo rural integral sostenible, que hace parte fundamental de las políticas económica del Estado⁴⁴⁴.

Los estatutos de autonomía y la legislación indígena están en el tercer lugar de la jerarquía de las fuentes normativas, después de la Constitución y de los tratados internacionales⁴⁴⁵.

443. «Artículo 403. I. Se reconoce la integralidad del territorio indígena originario campesino, que incluye el derecho a la tierra, al uso y aprovechamiento exclusivo de los recursos naturales renovables en las condiciones determinadas por la ley; a la consulta previa e informada y a la participación en los beneficios por la explotación de los recursos naturales no renovables que se encuentran en sus territorios; la facultad de aplicar sus normas propias, administrados por sus estructuras de representación y la definición de su desarrollo de acuerdo a sus criterios culturales y principios de convivencia armónica con la naturaleza. Los territorios indígena originario campesinos podrán estar compuestos por comunidades. II. El territorio indígena originario campesino comprende áreas de producción, áreas de aprovechamiento y conservación de los recursos naturales y espacios de reproducción social, espiritual y cultural. La ley establecerá el procedimiento para el reconocimiento de estos derechos»

444. «Artículo 405. El desarrollo rural integral sustentable es parte fundamental de las políticas económicas del Estado, que priorizará sus acciones para el fomento de todos los emprendimientos económicos comunitarios y del conjunto de los actores rurales, con énfasis en la seguridad y en la soberanía alimentaria, a través de: 1. El incremento sostenido y sustentable de la productividad agrícola, pecuaria, manufacturera, agroindustrial y turística, así como su capacidad de competencia comercial. 2. La articulación y complementariedad interna de las estructuras de producción agropecuarias y agroindustriales. 3. El logro de mejores condiciones de intercambio económico del sector productivo rural en relación con el resto de la economía boliviana. 4. La significación y el respeto de las comunidades indígena originario campesinas en todas las dimensiones de su vida. 5. El fortalecimiento de la economía de los pequeños productores agropecuarios y de la economía familiar y comunitaria».

445. «Artículo 410. I. Todas las personas, naturales y jurídicas, así como los órganos públicos, funciones públicas e instituciones, se encuentran sometidos a la presente Constitución. II. La Constitución es la norma suprema del ordenamiento jurídico boliviano y goza de primacía frente a cualquier otra disposición normativa. El bloque de constitucionalidad está integrado por los Tratados y Convenios internacionales en materia de Derechos Humanos y las normas de Derecho Comunitario, ratificados por el país. La aplicación de las normas jurídicas se regirá por la siguiente jerarquía, de acuerdo a las competencias de las entidades territoriales: 1. Constitución Política del Estado. 2. Los tratados internacionales. 3. Las leyes nacionales, los estatutos autonómicos, las cartas orgánicas y el resto de legislación departamental, municipal e indígena. 4. Los decretos, reglamentos y demás resoluciones emanadas de los órganos ejecutivos correspondientes».

3.2 Ecuador⁴⁴⁶

El artículo 2 de la Constitución ecuatoriana de 2008, en el Capítulo I («Principios Fundamentales») del Título I («Elementos Constitutivos del Estado»), distingue, en su numeral segundo, entre el idioma oficial del Estado (español) y los «idiomas oficiales de relación intercultural» (español, *kichwa* y *shuar*). Los otros idiomas son de uso oficial para los pueblos indígenas en las zonas en las cuales son hablados, en los términos establecidos por la ley. El Estado respetará y promoverá su conservación y uso⁴⁴⁷.

El artículo 6, diferencia entre nacionalidad ecuatoriana, definida como un vínculo político de las personas con el Estado, y nacionalidades indígenas, las cuales coexisten en el Ecuador plurinacional⁴⁴⁸.

Todo el Capítulo IV del Título II («Derechos») está dedicado a los derechos de las comunidades, pueblos y nacionalidades (arts. 56 a 60) comenzando con la afirmación de que las comunidades, los pueblos y las nacionalidades indígenas, unidos con otros pueblos, forman parte del Estado ecuatoriano, único e indivisible⁴⁴⁹.

Desde el numeral primero del artículo 56, se garantiza a las comunas, comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas, diversos derechos, en especial:

- a) a la identidad, tradiciones ancestrales y formas de organización social;
- b) a la protección contra el racismo y la discriminación, al reconocimiento, reparación y resarcimiento, en caso de actos de racismo, xenofobia o formas de discriminación;
- c) a la propiedad de las tierras comunitarias, a la posesión de las tierras y territorios ancestrales, a los recursos naturales que se hallen en sus tierras, a la consulta

446. El texto de la Constitución aprobada por el *referendum* del 28 de septiembre de 2008 y por la Asamblea Constituyente a finales de noviembre de 2008 se encuentra en www.asambleaconstituyente.gov.ec/documentos/definitiva_constitucion.pdf.

447. «Art. 2. (...) El castellano es el idioma oficial del Ecuador; el castellano, el kichwa y el shuar son idiomas oficiales de relación intercultural. Los demás idiomas ancestrales son de uso oficial para los pueblos indígenas en las zonas donde habitan y en los términos que fija la ley. El Estado respetará y estimulará su conservación y uso».

448. «Art. 6. La nacionalidad ecuatoriana es el vínculo jurídico político de las personas con el Estado, sin perjuicio de su pertenencia a alguna de las nacionalidades indígenas que coexisten en el Ecuador plurinacional».

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

previa, libre e informada y a participar en los beneficios en caso de uso de recursos no renovables;

- d) al manejo de la biodiversidad y del medio ambiente;
- e) a la organización social y al reconocimiento de las autoridades propias, a su derecho propio y consuetudinario, a los conocimientos colectivos, de los cuales queda prohibida su apropiación, al patrimonio cultural e histórico como parte indivisible del patrimonio ecuatoriano, al sistema educativo intercultural bilingüe;
- f) a organizaciones representativas y a la libertad de expresión, a la participación mediante sus representantes en la definición de las políticas públicas que les conciernan y a incluir sus prioridades en los Planes del Estado, a la consulta previa en el caso de adopción de medidas legislativas que puedan afectar sus derechos colectivos;
- g) a los contactos, relaciones y cooperación con otros pueblos;
- h) a las vestimentas, símbolos y emblemas característicos;
- i) a la limitación de las actividades militares en sus territorios;
- j) a la consideración, de manera adecuada, de sus culturas por parte del sistema educativo y de los medios de comunicación, y a crear sus propios medios de comunicación⁴⁵⁰.

450. «Art. 57. Se reconoce y garantizará a las comunas, comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas, de conformidad con la Constitución y con los pactos, convenios, declaraciones y demás instrumentos internacionales de derechos humanos, los siguientes derechos colectivos: 1. Mantener, desarrollar y fortalecer libremente su identidad, sentido de pertenencia, tradiciones ancestrales y formas de organización social. 2. No ser objeto de racismo y de ninguna forma de discriminación fundada en su origen, identidad étnica o cultural. 3. El reconocimiento, reparación y resarcimiento a las colectividades afectadas por racismo, xenofobia y otras formas conexas de intolerancia y discriminación. 4. Conservar la propiedad imprescriptible de sus tierras comunitarias, que serán inalienables, inembargables e indivisibles. Estas tierras estarán exentas del pago de tasas e impuestos. 5. Mantener la posesión de las tierras y territorios ancestrales y obtener su adjudicación gratuita. 6. Participar en el uso, usufructo, administración y conservación de los recursos naturales renovables que se hallen en sus tierras. 7. La consulta previa, libre e informada, dentro de un plazo razonable, sobre planes y programas de prospección, explotación y comercialización de recursos no renovables que se encuentren en sus tierras y que puedan afectarles ambiental o culturalmente; participar en los beneficios que esos proyectos reporten y recibir indemnizaciones por los perjuicios sociales, culturales y ambientales que les causen. La consulta que deban realizar las autoridades competentes será obligatoria y oportuna. Si no se obtuviese el consentimiento de la comunidad consultada, se procederá conforme a la Constitución y la ley. 42. 8. Conservar y promover sus prácticas de

El numeral segundo del artículo 56 está relacionado con los pueblos en aislamiento voluntario, al interior de cuyos territorios, de posesión ancestral irreductible e intangible, queda prohibido todo tipo de actividad extractiva. El Estado adoptará las medidas necesarias para garantizar sus vidas, hacer respetar su libre determinación y la observancia de sus derechos, mediante la sanción por el delito de etnocidio⁴⁵¹. El numeral tercero tiene que ver con la igualdad de géneros para el disfrute de los derechos colectivos enunciados⁴⁵². Los pueblos indígenas, como otros, pueden constituir circunscripciones territoriales para la preservación de su

manejo de la biodiversidad y de su entorno natural. El Estado establecerá y ejecutará programas, con la participación de la comunidad, para asegurar la conservación y utilización sustentable de la biodiversidad. 9. Conservar y desarrollar sus propias formas de convivencia y organización social, y de generación y ejercicio de la autoridad, en sus territorios legalmente reconocidos y tierras comunitarias de posesión ancestral. 10. Crear, desarrollar, aplicar y practicar su derecho propio o consuetudinario, que no podrá vulnerar derechos constitucionales, en particular de las mujeres, niñas, niños y adolescentes. 11. No ser desplazados de sus tierras ancestrales. 12. Mantener, proteger y desarrollar los conocimientos colectivos; sus ciencias, tecnologías y saberes ancestrales; los recursos genéticos que contienen la diversidad biológica y la agrobiodiversidad; sus medicinas y prácticas de medicina tradicional, con inclusión del derecho a recuperar, promover y proteger los lugares rituales y sagrados, así como plantas, animales, minerales y ecosistemas dentro de sus territorios; y el conocimiento de los recursos y propiedades de la fauna y la flora. Se prohíbe toda forma de apropiación sobre sus conocimientos, innovaciones y prácticas. 13. Mantener, recuperar, proteger, desarrollar y preservar su patrimonio cultural e histórico como parte indivisible del patrimonio del Ecuador. El Estado proveerá los recursos para el efecto. 14. Desarrollar, fortalecer y potenciar el sistema de educación intercultural bilingüe, con criterios de calidad, desde la estimulación temprana hasta el nivel superior, conforme a la diversidad cultural, para el cuidado y preservación de las identidades en consonancia con sus metodologías de enseñanza y aprendizaje. Se garantizará una carrera docente digna. La administración de este sistema será colectiva y participativa, con alternancia temporal y espacial, basada en veeduría comunitaria y rendición de cuenta. 15. Construir y mantener organizaciones que los representen, en el marco del respeto al pluralismo y a la diversidad cultural, política y organizativa. El Estado reconocerá y promoverá todas sus formas de expresión y organización. 16. Participar mediante sus representantes en los organismos oficiales que determine la ley, en la definición de las políticas públicas que le conciernan, así como en el diseño y decisión de sus prioridades en los planes y proyectos del Estado. 17. Ser consultados antes de la adopción de una medida legislativa que pueda afectar cualquiera de sus derechos colectivos. 18. Mantener y desarrollar los contactos, las relaciones y la cooperación con otros pueblos, en particular los que estén divididos por fronteras internacionales. 19. Impulsar el uso de las vestimentas, los símbolos y los emblemas que los identifiquen. 20. La limitación de las actividades militares en sus territorios, de acuerdo con la ley. 21. Que la dignidad y diversidad de sus culturas, tradiciones, historias y aspiraciones se reflejen en la educación pública y en los medios de comunicación; la creación de sus propios medios de comunicación social en sus idiomas y el acceso a los demás sin discriminación alguna».

451. «Los territorios de los pueblos en aislamiento voluntario son de posesión ancestral irreductible e intangible, y en ellos estará vedada todo tipo de actividad extractiva. El Estado adoptará medidas para garantizar sus vidas, hacer respetar su la libre determinación y voluntad de permanecer en aislamiento, y precautelar la observancia de sus derechos. La violación de estos derechos constituirá delito de etnocidio, que será tipificado por la ley».

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

propia cultura, se reconoce además, en cuanto formas ancestrales de organización territorial, las comunas como propietarias colectivas de la tierra⁴⁵³.

Se establece el ejercicio de funciones jurisdiccionales por parte de las autoridades indígenas, sobre la base de su propio derecho, y garantizando la participación de las mujeres. Las normas y procedimientos aplicables deberán dirimir conflictos al interior de las comunidades y no podrán ser contrarios a la Constitución ni a las normas internacionales sobre derechos humanos. El Estado garantizará el respeto de dichas decisiones, que estarán sujetas al control de constitucionalidad y se coordinarán con aquellas de la jurisdicción ordinaria⁴⁵⁴.

En cuanto a la organización territorial del Estado, y por razones étnico-culturales, podrán constituirse regímenes especiales, entre los cuales las circunscripciones territoriales indígenas y pluriculturales⁴⁵⁵ que ejercen las competencias del gobierno territorial autónomo, con base en los principios de interculturalidad, plurinacionalidad y respetando los derechos colectivos⁴⁵⁶.

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

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

455. «Art. 242. El Estado se organiza territorialmente en regiones, provincias, cantones y parroquias rurales. Por razones de conservación ambiental, étnico-culturales o de población podrán constituirse regímenes especiales. Los distritos metropolitanos autónomos, la provincia de Galápagos y las circunscripciones territoriales indígenas y pluriculturales serán regímenes especiales».

456. «Art. 257. En el marco de la organización político administrativa podrán conformarse circunscripciones territoriales indígenas o afroecuatorianas, que ejercerán las competencias del gobierno territorial autónomo correspondiente, y se regirán por principios de interculturalidad, plurinacionalidad y de acuerdo con los derechos colectivos. Las parroquias, cantones o provincias conformados mayoritariamente por comunidades, pueblos o nacionalidades indígenas, afroecuatorianos, montubios o ancestrales podrán adoptar este régimen de administración especial, luego de una consulta aprobada por al menos las dos terceras partes de los votos válidos. Dos o más circunscripciones administradas por gobiernos territoriales indígenas o pluriculturales podrán integrarse y conformar una nueva circunscripción. La ley establecerá las normas de conformación, funcionamiento y competencias de estas circunscripciones».

3.3. Venezuela⁴⁵⁷

Los idiomas indígenas son de uso oficial para los pueblos indígenas y deben ser respetados en todo el territorio de la República como patrimonio cultural de la Nación y de la humanidad⁴⁵⁸.

Todo el Capítulo VIII del Título III («Deberes, Derechos Humanos y Garantías»), que comprende desde los artículos 119 al 126, está dedicado a los pueblos indígenas.

El Estado reconoce la existencia de los pueblos y de las comunidades indígenas, su organización social, política y económica, su cultura, usos y costumbres, sus idiomas y religiones, así como su hábitat y los derechos sobre las tierras que tradicionalmente ocupan y que son necesarias para garantizar y desarrollar sus vidas. Corresponde al Ejecutivo Nacional, con la participación de los pueblos indígenas, demarcar y garantizar el derecho a la propiedad colectiva de las tierras⁴⁵⁹.

El aprovechamiento de los recursos naturales en los *hábitats* indígenas debe hacerse sin lesionar la integridad cultural, social y económica de los pueblos indígenas y subordinado a previa información y consulta de las comunidades, que deben obtener los beneficios previstos por la Constitución y la ley.

Los pueblos indígenas tienen derecho a su propia identidad étnica y cultural, a su cosmovisión, valores, espiritualidad y lugares sagrados de culto, así como a una educación propia y a un sistema educativo intercultural y bilingüe⁴⁶⁰.

457. El texto de la Constitución aprobada el 17 de noviembre de 1999 por la Asamblea Constituyente y el 15 de diciembre de 2009 por el *referendum* popular se encuentra en www.analitica.com/BITBLIO/anc/constitucion1999.asp.

458. «Artículo 9. El idioma oficial es el castellano. Los idiomas indígenas también son de uso oficial para los pueblos indígenas y deben ser respetados en todo el territorio de la República, por constituir patrimonio cultural de la Nación y de la humanidad».

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

460. «Artículo 121. Los pueblos indígenas tienen derecho a mantener y desarrollar su identidad étnica y cultural, cosmovisión, valores, espiritualidad y sus lugares sagrados y de culto. El Estado fomentará la valoración y difusión de las manifestaciones culturales de los pueblos indígenas, los cuales tienen derecho a una educación propia y a un régimen educativo de carácter intercultural y bilingüe, atendiendo a sus particularidades socioculturales, valores y tradiciones».

Se garantiza el derecho a una salud integral de los pueblos indígenas, que considere sus prácticas y culturas, incluyendo su medicina tradicional y las terapias complementarias, con sujeción a los principios bioéticos⁴⁶¹.

Los pueblos indígenas tienen derecho a mantener y promover sus prácticas económicas, basadas en la reciprocidad, la solidaridad y el intercambio, sus actividades productivas tradicionales, su participación en la economía nacional y a definir sus prioridades, así como a la formación profesional y al goce de los derechos previstos por la legislación sobre el trabajo⁴⁶².

Se garantiza y protege la propiedad intelectual colectiva de los conocimientos, tecnologías e innovaciones de los pueblos indígenas. Las actividades y conocimientos asociados con los recursos genéticos deberán perseguir beneficios colectivos. Está prohibido el registro de patentes sobre estos recursos y conocimientos ancestrales⁴⁶³.

El Estado garantiza la participación indígena en la Asamblea Nacional y en los cuerpos deliberantes a nivel federal y local allí donde haya población indígena⁴⁶⁴.

El artículo 126 contiene una cláusula que salvaguarda la unidad nacional, en términos de una obligación que deben cumplir también los pueblos indígenas que forman parte de la Nación, del Estado y del pueblo venezolano⁴⁶⁵.

461. «Artículo 122. Los pueblos indígenas tienen derecho a una salud integral que considere sus prácticas y culturas. El Estado reconocerá su medicina tradicional y las terapias complementarias, con sujeción a principios bioéticos».

462. «Artículo 123. Los pueblos indígenas tienen derecho a mantener y promover sus propias prácticas económicas basadas en la reciprocidad, la solidaridad y el intercambio; sus actividades productivas tradicionales, su participación en la economía nacional y a definir sus prioridades. Los pueblos indígenas tienen derecho a servicios de formación profesional y a participar en la elaboración, ejecución y gestión de programas específicos de capacitación, servicios de asistencia técnica y financiera que fortalezcan sus actividades económicas en el marco del desarrollo local sustentable. El Estado garantizará a los trabajadores y trabajadoras pertenecientes a los pueblos indígenas el goce de los derechos que confiere la legislación laboral».

463. «Artículo 124. Se garantiza y protege la propiedad intelectual colectiva de los conocimientos, tecnologías e innovaciones de los pueblos indígenas. Toda actividad relacionada con los recursos genéticos y los conocimientos asociados a los mismos perseguirán beneficios colectivos. Se prohíbe el registro de patentes sobre estos recursos y conocimientos ancestrales».

464. «Artículo 125. Los pueblos indígenas tienen derecho a la participación política. El Estado garantizará la representación indígena en la Asamblea Nacional y en los cuerpos deliberantes de las entidades federales y locales con población indígena, conforme a la ley».

465. «Los pueblos indígenas, como culturas de raíces ancestrales, forman parte de la Nación, del Estado y del pueblo venezolano como único, soberano e indivisible. De conformidad con esta Constitución tienen el deber de salvaguardar la integridad y la soberanía nacional. El término pueblo no podrá interpretarse en esta Constitución en el sentido que se le da en el derecho internacional».

En cuanto a la participación al poder público, a nivel estatal (Venezuela es un Estado Federal) está prevista la participación de los representantes indígenas en el Consejo de Planificación y Coordinación de las Políticas Públicas en los Estados en los cuales se registra presencia indígena⁴⁶⁶.

A nivel municipal, la legislación que se dicte, deberá establecer normas adecuadas para los municipios con población indígena⁴⁶⁷.

Las tierras correspondientes a comunidades y pueblos indígenas, no pueden constituirse en *ejidos*⁴⁶⁸.

Los pueblos indígenas tienen derecho a tres representantes en la Asamblea Nacional, los cuales serán elegidos respetando sus tradiciones y costumbres⁴⁶⁹.

Las autoridades legítimas de los pueblos indígenas pueden aplicar, en su propio *hábitat*, instancias de justicia con base en sus tradiciones ancestrales, que afecten exclusivamente a los miembros de la comunidad, siguiendo sus propias normas y procedimientos, siempre que no sean contrarios a la Constitución, a las leyes y al

466. «Artículo 166. En cada Estado se creará un Consejo de Planificación y Coordinación de Políticas Públicas, presidido por el Gobernador o Gobernadora e integrado por los Alcaldes o Alcaldesas, los directores o directoras estatales de los ministerios y representación de los legisladores elegidos o legisladoras elegidas por el Estado a la Asamblea Nacional, del Consejo Legislativo, de los concejales o concejalas y de las comunidades organizadas, incluyendo las indígenas donde las hubiere. El mismo funcionará y se organizará de acuerdo con lo que determine la ley».

467. «Artículo 169. La organización de los Municipios y demás entidades locales se regirá por esta Constitución, por las normas que para desarrollar los principios constitucionales establezcan las leyes orgánicas nacionales, y por las disposiciones legales que en conformidad con aquellas dicten los Estados. La legislación que se dicte para desarrollar los principios constitucionales relativos a los Municipios y demás entidades locales, establecerá diferentes regímenes para su organización, gobierno y administración, incluso en lo que respecta a la determinación de sus competencias y recursos, atendiendo a las condiciones de población, desarrollo económico, capacidad para generar ingresos fiscales propios, situación geográfica, elementos históricos y culturales y otros factores relevantes. En particular, dicha legislación establecerá las opciones para la organización del régimen de gobierno y administración local que corresponderá a los Municipios con población indígena. (...)».

468. «Artículo 181. (...) Los terrenos situados dentro del área urbana de las poblaciones del Municipio, carentes de dueño o dueña, son ejidos, sin menoscabo de legítimos derechos de terceros, válidamente constituidos. Igualmente, se constituyen en ejidos las tierras baldías ubicadas en el área urbana. Quedarán exceptuadas las tierras correspondientes a las comunidades y pueblos indígenas. La ley establecerá la conversión en ejidos de otras tierras públicas».

469. «Artículo 186. (...) Los pueblos indígenas de la República Bolivariana de Venezuela elegirán tres diputados o diputadas de acuerdo con lo establecido en la ley electoral, respetando sus tradiciones y costumbres. Cada diputado o diputada tendrá un suplente o una suplente, escogido o escogida en el mismo proceso».

orden público. La ley debe determinar su coordinación con el sistema judicial nacional⁴⁷⁰.

Dentro de las atribuciones del *defensor o defensora del pueblo*, está también aquella de velar por los derechos de los pueblos indígenas y ejercer las acciones necesarias para su garantía y efectiva protección⁴⁷¹.

Con una ley amplia, se determinan los regímenes especiales en lo económico y social, poblamiento y utilización de la franja de seguridad de fronteras con la cual se protegerán también los *hábitat* de los indígenas que residan allí⁴⁷².

Finalmente, de acuerdo con la misma disposición transitoria, se considera prioritaria la adopción de una Ley Orgánica de los pueblos indígenas⁴⁷³, lanzada posteriormente con fecha 8 de diciembre de 2005⁴⁷⁴.

4. Consideraciones finales

La revisión rápida dada a las tres Constituciones que se han tomado en consideración, permite destacar elementos comunes y modelos diferentes.

La situación donde se encuentra el mayor componente indígena, hasta llegar a tener una preponderante relevancia, casi absorbente, es evidentemente aquella boliviana, donde se adopta el mismo nombre para naciones y pueblos de origen, indígenas y campesinos, lo cual demuestra, tratándose de un País que sigue siendo predominantemente agrícola, una sustancial coincidencia entre el elemento étnico y el económico.

470. «Artículo 260. Las autoridades legítimas de los pueblos indígenas podrán aplicar en su hábitat instancias de justicia con base en sus tradiciones ancestrales y que sólo afecten a sus integrantes, según sus propias normas y procedimientos, siempre que no sean contrarios a esta Constitución, a la ley y al orden público. La ley determinará la forma de coordinación de esta jurisdicción especial con el sistema judicial nacional».

471. « Artículo 281. Son atribuciones del Defensor o Defensora del Pueblo: (...) 8. Velar por los derechos de los pueblos indígenas y ejercer las acciones necesarias para su garantía y efectiva protección».

472. «Artículo 327. La atención de las fronteras es prioritaria en el cumplimiento y aplicación de los principios de seguridad de la Nación. A tal efecto, se establece una franja de seguridad de fronteras cuya amplitud, regímenes especiales en lo económico y social, poblamiento y utilización serán regulados por la ley, protegiendo de manera expresa los parques nacionales, el hábitat de los pueblos indígenas allí asentados y demás áreas bajo régimen de administración especial».

473. «*Sexta*. La Asamblea Nacional en un lapso de dos años legislará sobre todas las materias relacionadas con esta Constitución. Se le dará prioridad a la Ley Orgánica de Pueblos Indígenas (...).».

474. Texto en www.acnur.org/biblioteca/pdf/6644.pdf.

Muestra también un fuerte énfasis sobre el carácter plurinacional del Estado, así como la identificación de una modalidad específica de funcionamiento de la democracia, representado por la democracia comunitaria, junto a la participativa y representativa.

La intensidad en los tres Estados considerados, va decreciendo y así se asume el elemento lingüístico: el español y, en el mismo lugar treinta y siete lenguas indígenas en Bolivia; el español y dos lenguas indígenas «oficiales de relaciones interculturales» más otras de uso oficial local en Ecuador, y de uso oficial para los pueblos indígenas en Venezuela.

La mencionada característica de la plurinacionalidad se encuentra, en Bolivia, en la Asamblea Nacional Constituyente y tal vez más importante aún, en el Tribunal Constitucional, para mayor garantía de los ámbitos de jurisdicción indígena. Esta última, a su vez, debe respetar determinados parámetros normativos, con un alcance diferente, y que son llamados «derechos fundamentales » (Bolivia), «la Constitución y los derechos humanos garantizados internacionalmente » (Ecuador), o «la Constitución, las leyes y el orden público » (Venezuela).

También en lo referente a la organización del Estado, las soluciones más avanzadas parecen ser aquellas adoptadas por la Constitución boliviana, sin embargo, las otras prevén, como ya lo hemos mencionado, significativas formas de autonomía, a nivel regional y local, así como mecanismos de participación en todos los niveles de los organismos representativos.

Llegando al tema fundamental de la tierra y del uso de los recursos, las tres Constituciones consideradas otorgan una protección específica a los pueblos indígenas, que encuentran su expresión en la importancia de la propiedad colectiva o comunitaria del suelo, en la consulta previa, y en la participación de los beneficios de derivados del aprovechamiento de los recursos no renovables existentes en sus territorios, en el caso de proyectos orientados a valorizar dichos recursos.

Otros elementos comunes tienen que ver con el acoger las particularidades indígenas en sectores importantes como el de la salud, la educación y la propiedad intelectual, entre otros.

No obstante de la «diferente gradación» dada a la cuestión indígena en las tres Constituciones, esta asume una indudable importancia y en las tres se revela una concordancia significativa entre ellas, también en otros aspectos, especialmente

el énfasis dado a la recuperación de la soberanía nacional, con cierta inspiración en la igualdad social, la democracia participativa, las restricciones a los latifundios, la inversión extranjera y subrayar por lo tanto, la función social de la propiedad y de la asociación, a la vez que en cuanto al valor de la pluralidad cultural, encontramos indudablemente que Bolivia y Ecuador han puesto un mayor énfasis⁴⁷⁵. Otro elemento importante, es la existencia de los mencionados casos de integración avanzada que tienen en común, especialmente ALBA y UNASUR. Son múltiples también las similitudes con la normatividad internacional ya adoptada y con las regionales que se encuentran en etapa de negociación.

El análisis realizado permite, por lo tanto, confirmar dos elementos de juicio ya emitidos en este trabajo que son, por una parte la experiencia llevada a cabo en la zona latinoamericana sobre los asuntos indígenas, y por el otro, la convergencia entre principios y normas expresados a nivel internacional y desarrollados a nivel constitucional, respecto de los cuales la Declaración sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, ha desempeñado indudablemente un papel de pionera y de derrotero a nivel intelectual.

Conclusiones

La Declaración sobre los derechos de los pueblos indígenas es el punto máximo de emersión de varias décadas de prácticas internacionales relacionadas con los pueblos indígenas caracterizada, en una primera fase, por la mera intención de eliminar las discriminaciones que han existido a lo largo de la historia en su contra, aunque con un deseo apenas disimulado de «normalizarlos» y homogeneizarlos con el resto de la población de los Estados en los cuales ellos residen, a la cual se adiciona una segunda fase, con una claridad cada vez mayor, hasta asumir con relevancia, la voluntad de proteger su diversidad, a la cual finalmente se unió el

475. A manera de ejemplo, véanse el artículo 1 de la Constitución de Bolivia («Bolivia se constituye en un Estado Unitario Social de Derecho Plurinacional Comunitario, libre, independiente, soberano, democrático, intercultural, descentralizado y con autonomías. Bolivia se funda en la pluralidad y el pluralismo político, económico, jurídico, cultural y lingüístico, dentro del proceso integrador del país»), el artículo 1, numeral. 1, de la del Ecuador («El Ecuador es un Estado constitucional de derechos y justicia, social, democrático, soberano, independiente, unitario, intercultural, plurinacional y laico. Se organiza en forma de república y se gobierna de manera descentralizada») y el artículo 2 de la venezolana («Venezuela se constituye en un Estado democrático y social de Derecho y de Justicia, que propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico y de su actuación, la vida, la libertad, la justicia, la igualdad, la solidaridad, la democracia, la responsabilidad social y, en general, la preeminencia de los derechos humanos, la ética y el pluralismo político»).

reconocimiento de su autonomía, hasta llegar a la proclamación del derecho a la libre determinación.

El derecho a la libre determinación de los pueblos indígenas, se traduce, como ya lo hemos visto, en la atribución de una serie de derechos atinentes a las esferas del autogobierno, de la autonomía y de la cultura, y por último, *last but not least*, al aprovechamiento de los recursos. Esto implica además, el derecho de participar en las opciones políticas que atañen a dichos pueblos.

Parece evidente que las modalidades concretas del ejercicio de este último derecho, como su intensidad en la situación concreta, dependen de un conjunto de factores específicos, que no sólo son la calidad del ordenamiento nacional competente y el contenido concreto de las decisiones normativas llevadas a cabo en su ámbito en relación con su disponibilidad de aprovechar plenamente el potencial contenido en la Declaración, sino también la capacidad de los pueblos indígenas de hacer valer sus propias instancias.

Se puede decir que la Declaración, constituye una nueva etapa en el recorrido del desarrollo y de la evolución histórica del principio de la libre determinación, que inicia en la Carta de las Naciones Unidas (art. 2, num. 4, y 55) y transita a través de la Resolución N° 1514 de 1960 (Declaración sobre la Concesión de la Independencia a los Países y Pueblos Coloniales), del artículo 1 común de los Pactos sobre Derechos Humanos de 1966, y que llega finalmente a la Resolución 2625 (Declaración sobre los Principios de Derecho Internacional referentes a las Relaciones de Amistad y a la Cooperación entre los Estados de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas), intentando la cristalización de este principio, en gran medida ¿desmentida por la práctica de los últimos veinte años⁴⁷⁶? Esto podría parecer excesivamente ambicioso, teniendo en cuenta que la naturaleza jurídica de la Declaración es la de un acto no vinculante, mera expresión de la *opinio juris* de los Estados que la aprobaron en la Asamblea General de las Naciones Unidas. Sin embargo, son Declaraciones de este tipo, como la 1514 y la 2625 antes mencionadas, las que han estimulado, junto con la difusión de una práctica acorde a ellas, el surgimiento y consolidación de normas de carácter consuetudinario de gran importancia para el desarrollo del derecho internacional, especialmente en lo que respecta al principio de la libre determinación.

476. Sobre este recorrido cfr. A. CASSESE, *Self-Determination*, cit. B. CONFORTI, «Il significato giuridico dell'autodeterminazione dei popoli», in ID, *Scritti di diritto internazionale*, II, Editoriale scientifica, Napoli, 2003, p. 228 ss.

Es necesario dar cuenta del hecho de que algunos Estados que aprobaron la Declaración de la Asamblea General, lo hicieron aclarando que, en su opinión, el derecho a la libre determinación se aplica exclusivamente a los pueblos sometidos a una dominación extranjera y que finalmente este derecho de los pueblos indígenas se reduce al derecho de autonomía y al autogobierno en las cuestiones relacionadas con asuntos internos y locales de dichos pueblos, como también a los medios para financiar las funciones de su autonomía y de su autogobierno⁴⁷⁷. Algunos de ellos, también tuvieron el cuidado de dejar en claro que la Declaración establece con fuerza el principio de la soberanía nacional y de la integridad territorial de los Estados⁴⁷⁸. Incluso la experiencia de quien más avanzado en la materia, aquella boliviana, habla del *autogobierno* como ejercicio de la «libre determinación» de los pueblos indígenas.

¿Tanto ruido para nada, entonces? Yo no estoy del todo convencido. El hecho de tomar en consideración el derecho a la libre determinación de los pueblos indígenas, que sin duda son identificables como tales, como sectores dotados de su propia cultura, aspiración legítima a la gestión de los recursos naturales existentes en sus propios territorios y organizadas estructuras colectivas de autogobierno. La Declaración alude, de cierta forma, a la necesidad de rediseñar las estructuras mismas de los Estados, redefiniendo los principios fundamentales, cuestionando, en cierto modo, la bipartición clásica de interior-exterior para buscar un nuevo espacio en el tema de la libre determinación⁴⁷⁹.

477. Así por ejemplo, el representante de India, Malhotra, en United Nations, General Assembly, cit., A/61/PV.108, p. 2.

478. Así por ejemplo, el representante de Nepal, Acharya, y el de Turquía, Aksent, en United Nations, General Assembly, cit., A/61/PV.108, p. 2 e p. 5.

479. Tradicionalmente se distinguen una acepción «externa» y una «interna» del concepto. De acuerdo con la primera, el derecho a la libre determinación tiende a ser equivalente con el de la elección, por parte del pueblo, de una posición propia en el plano internacional que puede consistir, en un Estado independiente, en la asociación con otros grupos al interior de un Estado Federal, o en la autonomía o asimilación en un Estado Unitario. En este sentido, el derecho a la libre determinación se definió como: «the right of cohesive national groups («peoples») to choose for themselves a form of political organization and their relation to other groups». (BROWNIE, *Principles of Public International Law*, 4th edition, Clarendon Press, Oxford, 1990, p. 595). Se trata de lo que podríamos definir como la elección del pueblo respecto a su papel en el escenario mundial. Las problemáticas jurídicas de mayor peso relacionadas con este aspecto, son las de las condiciones en las cuales el pueblo podría ejercer su derecho a la libre determinación en este sentido y la definición misma del pueblo. ¿Cuándo es que se tiene un pueblo, y que por este motivo, se posee el derecho a la libre determinación, y cuándo en cambio una minoría a la cual le competen varios derechos no lo tiene? El aspecto o dimensión «externa» del principio, cumple la función de control normativo sobre la dinámica espontánea de la base social del derecho internacional, corroborando situaciones estatales en su fase inicial, atribuyendo una subjetividad propia a entidades que carecen del carácter estatal o viceversa,

Superando los límites del anticolonialismo en el sentido clásico, precisamente el de las dos décadas de 1960-1980, las temáticas planteadas en dicha Declaración compaginan con las aspiraciones más generales de promoción y garantía de la paz, de la participación democrática, la soberanía popular y alimentaria y una valoración de los recursos ambientales en el sentido de un desarrollo que sea verdaderamente sostenible, así como del respeto y la valoración de la diversidad cultural, que constituyen el horizonte actual y necesario tanto del derecho como de la comunidad internacionales.

No puede negarse que la Declaración represente, en muchos sentidos, el cierre de la fase anticolonialista del principio de la libre determinación. En efecto, los pueblos indígenas, fueron las principales víctimas del colonialismo europeo, del cual padecieron el impacto a partir de su surgimiento a finales del siglo XV. En este sentido, la Declaración constituye una contribución histórica al mejoramiento de la fractura inicial que originó la globalización económica y cultural y la comunidad internacional moderna. Esta, indica claramente la necesidad de llevar a cabo el proceso de descolonización, que no puede ser solamente formal, sino que debe extenderse a la esfera económica, restableciendo la soberanía efectiva de los pueblos sobre los recursos naturales y su poder de decisión respecto a su uso, y a la esfera cultural, reivindicando el derecho de los pueblos indígenas a su propia cultura, a no vivir marginados, sino a dar su contribución fundamental a una sociedad multicultural que elabora a su vez una perspectiva propia fruto de la convergencia de diversos aportes.

Así, la Declaración señala la necesidad urgente de una nueva fundación de los ordenamientos nacionales que los haga idóneos para acoger tales instancias, reformulando el ordenamiento propio, bien sea desde el punto de vista de la atribución de los derechos económicos, sociales y culturales y de los respectivos

quitando legitimidad a presuntos Estados que se crean independientemente del elemento fundamental del consentimiento de las poblaciones interesadas, contribuyendo a reconocer la ausencia del elemento de la independencia (Sobre la relación entre principio de la libre determinación y formación de los Estados cfr. J. CRAWFORD, *The Creation of States in International Law*, Oxford University Press, Oxford, 2006, specie p. 107 ss.). Por el contrario, la libre determinación «interna» tiene que ver con la posibilidad del pueblo de determinar las formas de gobierno y las elecciones del mismo. Se tiende, en mi opinión, a la superación de esta dicotomía, siempre que el derecho internacional promueva una determinada estructura institucional interna para defender, como en este caso, los derechos de los pueblos indígenas como componentes de las poblaciones de varios Estados, dotadas de una verdadera e indiscutible relevancia «externa».

beneficios materiales, o desde aquel del cual se confieren derechos políticos de participación.

Por otra parte, es necesario observar cómo, dada la compenetración mayor entre el ordenamiento internacional y los ordenamientos internos, que constituye una de las consecuencias más significativas en el plano jurídico del fenómeno de la globalización, la llamada libre determinación interna haya asumido una importancia cada vez más directa y notable, incluso para el derecho internacional.

En otras palabras, cada vez más la calidad del Estado constituye un tema importante también a nivel internacional. Este último, parece ser el aspecto del principio más interesante y susceptible de un desarrollo progresivo.

En efecto, la aplicación de su dimensión exterior parece haber alcanzado un nivel alto determinado, por una parte, por la necesidad de un mínimo vital para los Estados existentes y, por la otra, por sus efectos a veces favorables a guerras, en clara contradicción con los objetivos de las Naciones Unidas. Si el principio ha desempeñado una función positiva durante toda una fase, facilitando la emancipación de los territorios coloniales y la creación de nuevos Estados independientes, la dura realidad de la globalización económica, requiere hoy, al contrario, la estructuración de amplios espacios y el nacimiento de ordenamientos a escala regional, integrados cuanto sea posible⁴⁸⁰.

En el plano de los principios y de las elecciones de fondo de los valores que se persiguen, el renacimiento del derecho a la libre determinación generado por la Declaración de los pueblos indígenas, asume un valor que va más allá de las problemáticas exclusivamente relacionadas con los estos pueblos, al tiempo que el principio de la libre determinación confirma su naturaleza de cláusula general, cuya evolución caracteriza el tipo de ordenamiento internacional vigente, regulando las relaciones entre los Estados y dentro de ellos, de acuerdo con determinados criterios y persiguiendo finalidades específicas de orden general⁴⁸¹.

480. Tal exigencia, válida en general para todos los Estados, es tanto más aguda para aquellos que emergen de una condición de subordinación y que viven, aún ahora y en buena medida, una situación de dependencia por lo menos en el plano económico.

481. Para decirlo con R. McCORQUODALE, *Self-Determination in International Law*, Dartmouth, Ashgate, 2000, p. xi, «self-determination...challenges some of the core principles of the International legal system. It challenges the sovereignty of states and their territorial integrity, it interferes in matters within the domestic jurisdiction of states and it makes application of treaties uncertain. Self-determination also confronts the very nature of international law and whether it is primarily and essentially about relation between states. Accordingly, any clarification of self-determination in international law is affected by diverse philosophies as to the nature and substance of international law».

Al finalizar los dos primeros siglos de su existencia, el principio de la libre determinación, se encuentra lejos de haber agotado su fuerza propulsora y constituye aún ahora, en cierta medida más que nunca, una herramienta fundamental de orden ideológico, político y normativo, en mano de los pueblos y de la comunidad internacional organizada, tanto a nivel global como regional, para hacer frente a los grandes desafíos de la globalización y de la evidente crisis del modelo de desarrollo dominante.

Las fronteras actuales del principio, parecen dictadas por la salvaguarda de la multiculturalidad al interior de los Estados, por la necesidad de estructurar grandes espacios de integración económica pero también social y política a escala continental y para agregar valor a la democracia, haciéndola efectiva y protegiéndola en sus diversas formas, de los poderes oligárquicos de hecho⁴⁸². Los tres objetivos antes

482. Para este propósito, vale la pena incluir la posición que tomaron las organizaciones indígenas de Honduras contra el *golpe* que hubo en este País en junio de 2009, el cual contó con el repudio unánime de la comunidad internacional: « Los pueblos indígenas y negros de Honduras, mediante el presente documento, queremos dejar firme y clara nuestra posición política frente al Golpe de Estado ocurrido en nuestro país, en los términos que a continuación hemos acordado manifestar ante la opinión pública nacional e internacional... a) Declarar nuestro repudio y enérgica condena ante la opinión pública nacional e internacional, a los conspiradores del golpe de estado (Micheletti, fuerzas armadas y los poderes fácticos) avalados por Ramón Custodio (Comisionado de Derechos Humanos), Luís Rubí (Fiscal General), los Magistrados de la Corte Suprema de «Justicia» y los diputados y diputadas del Congreso Nacional representantes de los partidos; Liberal, Nacional, Pinu-Sd, y la Democracia Cristiana. b) Exigimos sin condiciones el inmediato retorno del Presidente Constitucional de la República Don Manuel Zelaya Rosales, a quien reconocemos como nuestro único presidente electo por nosotros. Por tanto no estamos dispuestos a obedecer ningún orden que emane de Micheletti y sus secuaces. c) Amparados en el Artículo 3 de la Constitución de la República, que dice; nadie debe obediencia a un gobierno usurpador ni a quienes asuman funciones por la fuerza de las armas, aclaramos que estamos dispuestos a llegar hasta las ultimas consecuencias, por defender la dignidad de nuestros pueblos mancillados históricamente por los grupos de poder económico, la clase política corrupta y las fuerzas armadas. d) Solicitamos la urgente presencia del Dr. James Anaya (Relator Especial de las Naciones Unidas sobre Pueblos Indígenas), la Sra. Victoria Tauli-Corpus (Foro Permanente de Pueblos Indígenas de la ONU), a la Organización Internacional del Trabajo (oficina Ginebra), a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), a Amnistía Internacional, a Amstrong Wiggins del ILCR, entre otros, para que envíen misiones de evaluación con el fin de analizar la situación de violación de los derechos humanos de las comunidades indígenas, campesinos y dirigentes de organizaciones del movimiento popular ante la crisis que vive nuestro país. e) Dejamos constancia que no participaremos en ningún «diálogo nacional» que pregonan los golpistas. Al contrario, alertamos a la comunidad internacional sobre ese «circo» donde los payasos seremos los pobres de siempre, que lo único que buscan es ganar tiempo para legitimar y consolidar los privilegios de los poderes fácticos (padrino de los golpistas) y engañar de nuevo al pueblo hondureño, así como a los organismos y países cooperantes. f) Adherimos nuestros esfuerzos de lucha milenaria al Frente Nacional de Resistencia contra el Golpe de Estado, a la Coordinadora Nacional de Resistencia Popular, así como con todos los demás sectores del movimiento popular que pregonamos por la transformación de una sociedad hondureña más equitativa, más justa, y más humana. g) Jamás claudicaremos a nuestra lucha histórica por una reforma a la constitución

mencionados, toman su lugar en la que se mantiene como la finalidad principal del ordenamiento internacional: mantener la paz y la seguridad internacional.

Pero surge, en la era de la globalización, un nuevo interrogante fundamental que está relacionado con la identificación del titular del poder: de aquí surge una cuestión jurídica, que tiene que ver con la posibilidad de configurar un derecho a la libre determinación que involucre, junto con los pueblos indígenas, a la humanidad entera. Al fin de cuentas, se trata del tema del gobierno global democrático, fundado en las instancias de los pueblos que hoy tienen una necesidad urgente del principio de la libre determinación y que no podrán existir de manera eficaz y democrática sin él, lo que confirma su rol verdaderamente vital e imprescindible. También desde esta perspectiva, los pueblos indígenas asumen una posición crucial y estratégica precisamente en su condición de víctimas que resisten al gobierno mundial de *facto* de las multinacionales que penetran en sus territorios para sustraer, a ellos y al resto de la sociedad, esenciales bienes colectivos, creando de esta manera las condiciones para su aniquilación definitiva.

Un ulterior fenómeno que acompaña la afirmación del derecho a la libre determinación de los pueblos indígenas, está constituido por el surgimiento, en ellos, de una nueva categoría de sujeto internacional.

Llegados a este punto, cabe resaltar cómo el fenómeno de la innovación normativa constituido por la aparición de este sujeto, por varias razones atípico respecto a los otros, constituye una oportunidad y aporta ideas para replantear el andamiaje conceptual del derecho internacional en su conjunto. Por otra parte, la temática de

política de nuestra patria, en donde se reconozca el Estado multicultural y multilingüe en Honduras; los derechos particulares de nuestros pueblos; por una democracia participativa e incluyente; al consentimiento libre, previo e informado; al reconocimiento y defensa legítima de nuestros territorios y recursos naturales; a la libre determinación de nuestros pueblos; entre otros, así, como lo establecen diversos Tratados, Convenios y Declaraciones internacionales, principalmente el Convenio 169 de la OIT y la Declaración de la Naciones Unidas sobre Derechos de los Pueblos Indígenas. «Lucho porque no quiero que se roben más las mieles de nuestros panales» Tupac Amaru, Tegucigalpa, Honduras, 01 de Julio de 2009, Federación de Comunidades Indígenas Chorotegas de Honduras (FCIC), Organización Fraternal Negra de Honduras (OFRANEH), Consejo de Organizaciones Populares e Indígenas de Intibuca (COPINH), Federación Indígena Tawahka de Honduras (FITH), Mosquitia Asla Takanka (MASTA), Movimiento Indígena Herederos de la Moskitia (MUIHKA), Comisión TASBA de Brus Laguna, Comisión TASBA de Wampusirpi, Asociación Tawahka de Productores y Servicios Limitada (ATAPROSEL), Alianza Sustentabilidad Ecológica y Justicia Social (AlianzaVerde), Federación Hondureña de Indígenas Lencas (FHONDIL), Coordinadora Indígena de Mesoamérica y el Caribe (CIMCA), Federación de Tribus Xicaques de Yoro (FETRIXY), Drapaptara Indíanka Uplika Asla Takanka (DIUNAT)» (fuente: <http://www.observatorio.cl/contenidos/naveg/navTpl.php?id=20090705114201>).

la subjetividad se encuentra en plena transición desde el punto de vista científico y doctrinal, dando lugar a una amplia discusión en la cual los pueblos indígenas constituyen un tema para nada secundario⁴⁸³.

Con la incorporación de la noción de pueblos indígenas y la atribución a estos del derecho a la libre determinación, se introduce una distinción entre «pueblos» y «Estados».

El *pendant* de esta discusión, dentro del derecho constitucional interno de los Estados, está constituido por la nueva concepción de Estado multinacional. Esto implica que los pueblos indígenas toman importancia tanto en el plano internacional como a nivel interno, como parte del elemento humano que sirve de referencia a los Estados. Este referente, o el pueblo, ya no representa un todo indiferenciado, sino que se presenta articulado con varios componentes, aunque unidos dentro del Estado, cuya integridad territorial y política no se ve afectada. En este sentido, la existencia de los pueblos indígenas representa uno de los principales desafíos para el Estado-Nación⁴⁸⁴.

Después de darse este reconocimiento, cambia la naturaleza del Estado, haciéndose plural y más democrática, aumentan también las obligaciones, garantizadas internacionalmente. En efecto, el Estado, no sólo está controlado por el principio de la libre determinación a nivel interno, entendida esta como una restricción, sino también a respetar la voluntad que emana del pueblo en su conjunto y las características de los diversos pueblos que lo conforman.

En cuanto a la categoría, de cierta forma ligeramente análoga a la de las minorías, la de los pueblos indígenas presenta, como ya se tuvo oportunidad de observar, un notable énfasis en el aspecto colectivo. La protección, ya sea por parte del Estado como del ordenamiento internacional, no sólo es para los individuos que la conforman, los cuales, como miembros de minorías, tienen derecho a un

483. El problema de la subjetividad en el derecho internacional, resulta extremadamente complejo y no puede resolverse con fórmulas de carácter general, sino que requiere investigaciones específicas puesto que el ordenamiento internacional «[e]s un ordenamiento jurídico que tiene como destinatarios a sujetos poco numerosos y con características concretas y atípicas, las cuales los hacen apreciablemente diferentes unos de otros», F. TORO JIMÉNEZ, *Derecho internacional público*, I, Caracas, Universidad Católica Andrés Bello, 2004, p. 27.

484. Otro desafío, está constituido muy seguramente por la inmigración. Cfr. C. JOPKE, *Challenge to the Nation-State. Immigration in Western Europe and the United States*, Oxford, Oxford University Press, 1998.

determinado trato, sino que abarca también al pueblo indígena en su conjunto, el cual, como colectividad cualificada, tiene derecho a un *status* específico en el ordenamiento internacional.

Es necesario además, distinguir claramente la ausencia del derecho de los pueblos indígenas de constituir sus propios Estados, del tema inherente a su *status* a nivel internacional. En calidad de receptores de una serie de derechos, entre los cuales, especialmente, el de la libre determinación, los pueblos indígenas son, de hecho, los titulares de un *status* específico en el plano internacional, que se ve reforzado por la atribución, a sus representantes, de un *locus standi* al interior de los organismos internacionales que se ocupan del tema.

La articulación de la subjetividad internacional existente, se ve notablemente enriquecida por la incorporación de esta nueva categoría de sujetos, los cuales confieren importantes elementos de efectividad, ya sea desde el punto de vista del control territorial y del autogobierno, como desde la existencia de un elemento humano que constituye la *constituency* directa y que es cualificado, de manera notable, por tratados culturales, lingüísticos y sociales, comunes y especiales respecto a otros pueblos.

Además, debe tenerse en cuenta el hecho de que los pueblos indígenas actúan, por intermedio de sus propios representantes, en el ámbito de las Naciones Unidas, especialmente al interior de los órganos creados específicamente para el tema indígena, en los cuales nos hemos detenido.

Esto conlleva, de manera más general, a ulteriores reflexiones respecto a la forma de proceder y decidir de los organismos internacionales y ha sido identificado como la característica de vanguardia de los procedimientos legislativos arraigados dentro del Grupo de Trabajo sobre las Poblaciones Indígenas de las Naciones Unidas⁴⁸⁵.

Además de estos elementos de efectividad, la *raison d'être* de estos sujetos se basa en la necesidad de garantizar, tutelando a los pueblos indígenas, ciertos intereses de la comunidad internacional como la diversidad cultural, el medio ambiente, la paz y los derechos humanos. En otras palabras, la subjetividad no es

485. «A form of bottom-up lawmaking, which itself challenges the standard presentation of international lawmaking as inherently within the province of states, and hence top down in character», R. Falk, op. cit., p. XV.

sólo función de la efectividad sino también de determinados intereses considerados dignos de protección, fenómeno que también está relacionado con los Estados mismos, para efectos de la evolución del principio de la libre determinación y de la creación de otras entidades como las organizaciones internacionales.

En otro sentido, la cuestión de la subjetividad internacional de los pueblos indígenas está conectada a la del *status* de los tratados celebrados por ellos con los Estados, que, como ya hemos visto, fue objeto de la actividad llevada a cabo por la Comisión de Derechos Humanos y reafirmada por la Declaración sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, según la cual «[los] pueblos indígenas tienen derecho al reconocimiento, a la observancia y a la aplicación de los tratados, acuerdos o convenios celebrados con los Estados o con sus sucesores, y además tienen derecho a que los Estados honren y respeten dichos tratados, acuerdos o convenios» (art. 37)⁴⁸⁶.

La aparición de los pueblos indígenas en el escenario mundial, conduce a reconsiderar ciertas categorías del derecho internacional⁴⁸⁷.

Visto de otra manera, este replanteamiento constituye una consecuencia de la penetración, en el ámbito del derecho internacional, de la cosmovisión indígena, la cual es, a su vez, constituye uno de los resultados más significativos por su apertura a ideologías diversas al eurocentrismo que históricamente fue la base, y como consecuencia del reconocimiento del principio de la diversidad cultural que afecta igualmente al derecho internacional y a sus conceptos fundamentales⁴⁸⁸.

Revalorado de esta manera, el pensamiento de los indígenas hace un aporte necesario para garantizar la universalidad efectiva de este ordenamiento,

486. El Preámbulo de esta Declaración considera a su vez que «los derechos afirmados en los tratados, acuerdos y en otros compromisos entre los Estados y los pueblos indígenas son, en algunos casos, temas de competencia, interés, responsabilidad y carácter internacional» y «que los tratados, los acuerdos y otros compromisos, así como las relaciones que representan, constituyen las bases para el fortalecimiento entre los pueblos indígenas y los Estados».

487. Es del ex *chairperson* del Grupo de Trabajo sobre las poblaciones indígenas, Erica-Irene Daes, la constatación que «indigenous peoples is an important field of study for all...students of international law and human rights, precisely because it tests the limited assumptions of familiar theories and principles», in «The International Protection of Indigenous Peoples at the Regional and Global Levels», in *Thesaurus Acroasium*, 1994, p. 70, citado por A. F. VRDOLJAK, «Self-Determination and Cultural Rights», en F. FRANCONI e M. SCHEININ (eds.), *Cultural Human Rights*, cit., p. 72.

488. Para ulteriores aportes cfr. S. YEE e J.-Y. MORIN (eds.), *Multiculturalism and International Law*, M. Nijhoff, 2009.

universalidad que además constituye una condición indispensable para que este pueda asumir plenamente la función de protección de la existencia y del desarrollo de la comunidad internacional.

Este pensamiento, ejerce además cierta influencia sobre algunas ideas fundamentales del derecho contribuyendo, en primer lugar, a demostrar la falsedad del mito de la autosuficiencia, dada la relevante interconexión entre la dimensión jurídica y otras que son inherentes a la cosmovisión indígena⁴⁸⁹.

Es tal la realidad de las comunidades indígenas desde el punto de vista social, económico y cultural antes que normativo, que impone una prioridad absoluta a la dimensión colectiva. Queda exaltada la función de los bienes comunes, a partir de la tierra, con consecuencias bien definidas aún desde el plano de los conceptos jurídicos.

Entonces, visto de esta forma, resulta ser la misma relación entre pueblo y territorio, aplicando la cosmovisión propia de los pueblos indígenas, que resulta de naturaleza muy diferente si se aplica aquella clásica considerada por el derecho internacional.

De acuerdo con todo lo que hemos dicho, lejos de poder ser configurado como un simple ámbito espacial de la potestad del gobierno, el territorio, o más bien la tierra, asume para el pueblo indígena un valor mucho más profundo, tanto en términos de relación espiritual con sus ancestros como en aquellos de base económica necesaria para garantizar la supervivencia de la comunidad humana que lo compone.

También la calidad del autogobierno indígena, asume a su vez rasgos particulares gracias a un mayor coeficiente de democracia, como resultado de la relación directa entre representantes y representados y del control constante que los segundos pueden ejercer sobre los primeros. Tal enfoque, evoca también la necesidad de superar las distinciones tradicionales entre las diferentes categorías de derechos⁴⁹⁰.

489. Una perspectiva diferente pero en cierto sentido complementaria cfr. el análisis del pensamiento jurídico de José Martí, y especialmente la invitación a «superar la crisis del derecho y los límites de la justicia legal con los tres valores martianos: seguridad cultura y amor», in V. DI CAGNO, *Martí jurista*, La Habana, Centro de estudios martianos, 2003 (citado en el Prefacio de Miguel Antonio D'ESTÉFANO PISANI, p. 9).

490. La Declaración presenta desde este punto de vista, un catálogo orgánico de los derechos que pertenecen a todas las categorías, desde aquellos civiles y políticos, hasta los económicos y sociales, los llamados de última o nueva generación, a la información, a la paz y al medio ambiente. Para una visión de derechos de los pueblos como derechos «de tercera generación» véase P. ALSTON, «Introduction», in *Id.* (ed.), *Peoples' Rights*, cit., p. 1 ss.

Un ulterior elemento de reflexión generado por el proceso llevado a cabo por los pueblos indígenas y por los Estados que mejor saben interpretar y acoger las instancias, tiene que ver con el tema del desarrollo.

Se trata de un tema crucial para el futuro de la humanidad, debatido por la comunidad internacional desde hace décadas, adoptando resoluciones como las tomadas durante la Cumbre del Milenio, que aún no han sido llevadas a la práctica de manera satisfactoria, debido a múltiples obstáculos estructurales y a la prevalencia de decisiones y políticas antagónicas respecto a aquellas indispensables para garantizar de manera efectiva los derechos humanos de la población mundial⁴⁹¹.

La imposibilidad de separar los diversos aspectos de tales derechos, lleva a prestar atención a las demandas de las poblaciones indígenas de un desarrollo que conlleve una efectiva protección del medio ambiente, el respeto a la realidad de la creciente escasez de recursos disponibles y que juntos, no produzcan una agudización de las disparidades sociales y económicas, sino por el contrario su nivelación⁴⁹².

Finalmente, es necesario prestar atención a la valoración de los bienes comunes, a partir de la tierra y de otros recursos naturales fundamentales, en primer lugar el agua, que por todo cuanto se ha dicho, representan un axioma de la cosmovisión indígena que se refleja en la práctica social que se acompaña de la estructuración

491. Véase al respecto MARCELLI, *Verso una terza fase*, cit.

492. Al respecto, parece oportuno traer algunos significados textuales de la intervención del representante de Bolivia, Choqueanca Céspedes, durante el debate sobre la Declaración de los derechos de los Pueblos Indígenas; «We are facing various crises. We hear of worldwide institutional crises, energy crises., food crises, climate change. The age of oil is coming to an end, and we are using up the planet's natural resources faster that it can replace them. The planet is warming: rainfall patterns have changed: hurricanes and earthquakes are becoming more and more frequent. Our mother Earth, our Pacha Mama, is mortally wounded. In the face of these crises, indigenous peoples stand out as a reservoir of scientific knowledge about life, with their codes, values and principles which not only seek a balance between human beings and nature. They have much to contribute to the efforts to save planet Earth. This new historic stage is giving rise to a new reading of indigenous reality. In Bolivia, we are working to live well, not better. We indigenous peoples are not trying to live better, we are trying to live well. Our communities do not want anybody to live better. We do not want to see certain peoples living better than others or certain persons living better than others. Living well is not the same as living better. Lying is not living well; exploiting one's neighbours is not living well; destroying nature is not living well. If you exploit those around you, you might perhaps live better. That is not what we want. We do not want that the misuse of nature to permit us to live better. Indigenous peoples are not asking for that. We are in the process of recovering our knowledge, our values and our codes».A/61/PV.108, cit., p. 7.

de instancias de autogobierno basadas en el principio de la democracia participativa⁴⁹³.

De la práctica social y económica de los pueblos indígenas pueden extraerse importantes elementos de crítica y de alternativa a lo que fue definido como «la realidad del desarrollo existente... un proceso que lleva a mercantilizar las relaciones entre los hombres y entre los hombres y la naturaleza»⁴⁹⁴.

Desde esta perspectiva, se revela del todo central el tema del aprovechamiento de los recursos en general, que ve un fuerte y creciente protagonismo de los pueblos indígenas y de sus organizaciones, que reclamaría una atención más constante por parte de la comunidad internacional y de la sociedad civil mundial.

En resumen, son varios los puntos de reflexión ofrecidos por la Declaración sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas y, a través de ella, y de manera más general, por la cosmovisión indígena. Al fin de cuentas, los pueblos indígenas confirman de tal modo su función de piedra angular, del «otro» respeto al cual el sistema occidental, que alcanza hoy el punto culminante de su globalización, debe sopesar sus concepciones básicas y sus directrices.

Vale la pena retomar, para concluir, algunas consideraciones de carácter general desarrolladas con este propósito por Tzvetan Todorov:

«A la pregunta: ¿cómo comportarse en relación con el otro? No estoy en capacidad de responder como no sea narrando una historia ejemplar: aquella del descubrimiento y de la conquista de América... Dos razones han justificado, después del hecho, la elección de este tema como primer paso en el mundo del descubrimiento del otro. Primero que todo, el descubrimiento de América, o mejor, de los americanos, es el hallazgo más extraordinario de nuestra historia. En el «descubrimiento» de los otros continentes y de los otros hombres, no se produjo un verdadero sentimiento de separación radical: los europeos nunca ignoraron del todo la existencia de África, de India o de China; su recuerdo siempre estuvo presente, desde los orígenes... A comienzos del siglo XVI los indobamericanos, al contrario, están muy presentes, pero se ignora todo de ellos...

493. Se remite, respecto a este último punto, a los trabajos del proyecto SUN sobre el tema del autogobierno indígena en el Cauca colombiano, realizado con la contribución de la Región del Lazio por varias asociaciones italianas (ASSUR, A Sud, ISCOS, TAMAT) con la colaboración de la ACIN (*Asociación de los cabildos del Norte del Cauca*) y la Pontificia Universidad Javeriana.

494. S. LATOUCHE, *Come sopravvivere allo sviluppo*, Torino, Bollati Boringhieri, 2005, p. 28.

El encuentro, nunca jamás podrá alcanzar una intensidad mayor (si es que esta última puede ser en realidad la palabra adecuada): el siglo XVI fue testigo del genocidio más grande en la historia de la humanidad.

Pero no es sólo porque se trató de un encuentro extremo y ejemplar, que el descubrimiento de América constituye hoy un hecho esencial para nosotros: junto con este valor paradigmático, este posee otro, directamente causal. La historia de la tierra está hecha ciertamente de conquistas y derrotas, de colonizaciones y descubrimientos del otro, pero, como lo trataré de mostrar, es precisamente la conquista de América la que anuncia y funda nuestra identidad actual; si bien cualquier fecha con la cual se trate de separar dos épocas es arbitraria, ninguna es más adecuada para marcar el inicio de la era moderna que la de 1492, el año en el cual Colón atravesaba el Océano Atlántico»⁴⁹⁵.

El encuentro con los indígenas americanos, marcó por lo tanto el inicio de la modernidad, determinando, entre otras cosas, una profunda revisión de los conceptos jurídicos y políticos dominantes, si bien es cierto que, como se pudo observar, las raíces mismas de un concepto fundamental del derecho y de la política internacional, como la soberanía, se encuentran conectadas a la exigencia, eminentemente práctica, «de ofrecer un fundamento jurídico a la conquista del Nuevo Mundo al día siguiente de su descubrimiento»⁴⁹⁶.

Hoy, que la globalización claramente alcanzó su punto álgido y que ha agotado también su potencial, ¿será posible un reencuentro? ¿Un nuevo comienzo donde se plantee, en términos opuestos a los iniciales, la relación con los pueblos indígenas, no sólo de América, sino del mundo entero? Y con estos y por medio de estos, ¿se podría agregar, con la humanidad en su conjunto y con la naturaleza?

Se sale, evidentemente, de las posibilidades de este trabajo, dar una respuesta a este interrogante. Por lo tanto, nos limitamos a reiterar lo oportuno y maduro de un nuevo encuentro de este tipo, y a observar que algunos avances, como la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas y las importantes innovaciones constitucionales presentes hoy en algunos ordenamientos nacionales, las cuales ilustramos brevemente, que inducirían a considerarse practicable, además de la necesidad y urgencia de que se lleven a cabo, incluyendo la revisión, también en términos científicos, de algunos conceptos fundamentales.

495. *La conquista dell'America*, cit., p. 6 ss.

496. FERRAJOLI, *La sovranità*, cit., p. 12.

Un poco similar a los fenómenos cuando no están dentro de las categorías establecidas, la entrada de los pueblos indígenas en el mundo del derecho, efectivamente determinó algunos trastornos en las formas de pensar tradicionales, pero esta alteración se reveló mucho más importante a causa de la radical alteridad en la cosmovisión indígena y de la profunda irreductibilidad a las ideologías dominantes y a los valores occidentales que la globalización difundió sobre toda la superficie del planeta.

De todas formas, es indudable el enriquecimiento de la perspectiva del derecho internacional, como resultado de la adopción del punto de vista y de los requerimientos de los pueblos indígenas, es más: es necesario auspiciar que puedan derivarse consecuencias de importancia no secundaria en el plano antes señalado de las ideologías jurídicas de fondo, contribuyendo a una remodelación de las nociones fundamentales de Estado y de ordenamiento internacional que se sume a la consonancia con intereses y derechos humanos fundamentales tanto individuales como colectivos, de tal manera que unos y otros se vuelvan plenamente adecuados a los tiempos difíciles que vivimos y a los ambiciosos objetivos que es necesario plantearse en el actual contexto mundial.

La última consideración que nos proponemos hacer trasciende, al contrario, lo específico del tema indígena, y está relacionado con la profunda complementariedad entre el ordenamiento internacional, bien sea *sub specie* de *hard-law* (el Convenio N° 169 de la OIT) como de *soft-law* (la Declaración sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas), por una parte, y aquellos nacionales, por la otra, en el afrontar el tema examinado.

Para dicho propósito, se observa también la función intermedia asumida por el ordenamiento regional latinoamericano, donde no de manera casual, se concentran las experiencias más avanzadas y significativas en la materia.

Un módulo de creación y aplicación del derecho, que se presta de manera excelente para reglamentar los temas que surgen del proceso de globalización, entre los cuales se encuentra precisamente el de la protección de los derechos de los pueblos indígenas y el de la afirmación de su subjetividad.

Sin embargo, como lo han demostrado de forma concluyente los acontecimientos del movimiento indígena, no basta la afirmación hecha en la Carta de los derechos de los pueblos indígenas, si no se disuelven al mismo tiempo los nodos históricos relativos, principalmente, al control y a la gestión de los recursos.

En otros términos, es necesario hacer referencia a la constitución material y al derecho vigente, conceptos finales más que oportunos para plantear cuando se habla de los pueblos indígenas...



Bibliografía

G

- A. CASO, «Definición del indio y lo que es indio », en R. ROMANO (a cargo de), *América Indiana. Storia cultura e situazione degli indios*, Torino, Einaudi, 1976.
- A. CASSESE, *Il diritto internazionale nel mondo contemporaneo*, Bologna, Il Mulino, 1984.
- A. CASSESE, *Self-determination of peoples*, Cambridge, Cambridge University Press, 1995.
- A. F. VRDOLJAK, «Self-Determination and Cultural Rights», en F. FRANCONI e M. SCHEININ (eds.), *Cultural Human Rights*, Leiden-Boston, M. Nijhoff, 2008.
- A. MARCHESI, *Diritti umani e Nazioni Unite. Diritti, obblighi e garanzie*, Milano, Franco Angeli, 2007.
- A.M.V. VALENTI, P. R. ORLANDO, *Le Organizzazioni internazionali in America Latina*, Perugia, 1983.
- AA. W., *Educación Superior Indígena en Colombia*, Cali, UNESCO - ASCUN – CRIC – ONIC, 2005.
- A. ZAMORA RODRÍGUEZ, *Ensayo sobre el subdesarrollo. Latinoamérica 200 años después*, Madrid, Foca, 2008.
- B. CONFORTI, *Diritto internazionale*, Napoli, Editoriale Scientifica, 1999.
- B. CONFORTI, «Il significato giuridico dell'autodeterminazione dei popoli», en ID, *Scritti di diritto internazionale*, II, Editoriale scientifica, Napoli, 2003.
- B. KINGSBURY, *Alberico Gentili e il mondo extraeuropeo*, Milano, Giuffré, 2001.
- B. KINGSBURY, «Indigenous Peoples in International Law: A Constructivist Approach to the Asian Controversy», en *American Journal of International Law*, 1998.
- B. KINGSBURY, «Reconciling Five Competing Conceptual Structures of Indigenous Peoples' Claims in International and Comparative Law», en P. ALSTON (ed.), *Peoples' Rights*, Oxford, Oxford University Press, 2001.

- B. OLMOS GIUPPONI, «Diversità culturale», en F. MARCELLI, *Diritto internazionale, movimenti globali e cooperazione tra comunità*, Milano, Franco Angeli, 2007.
- BROWNLIE, *Principles of Public International Law*, 4th edition, Clarendon Press, Oxford, 1990.
- C. CALVO, «Prólogo», en *Argentina. Estrategia País en el marco de la Integración Regional y el Mundo Globalizado*, Buenos Aires, 2006.
- C. JOPKE, *Challenge to the Nation-State. Immigration in Western Europe and the United States*, Oxford, Oxford University Press, 1998.
- C. M. BRÖLMANN, M. Y. A. ZIECK, «Indigenous Peoples», en C. M. BRÖLMANN, R. LEFEBER, A. ZIECK, (eds.), *Peoples and Minorities in International Law*, Martinus Nijhoff Publishers, Dordrecht-Boston-London, 1993.
- Comité de Derechos Humanos, *Anni Äärelä and Näkkäläjärvi v. Finland* (communication 779/1997), views adopted 24 October 2001, report of the Human Rights Committee, vol. II, UN Doc. A/57/40 (vol. II), verlo en <http://www1.umn.edu/humanrts/undocs/779-1997.html>.
- Comité de Derechos Humanos, *Apirana Mahuika et al. v. New Zealand* (comunicación Nº 24/1977), Views adopted 27 October 2000, Report of the Human Rights Committee, Vol. II, A/56/40(vol. II), verlo en www.law.nyu.edu/kingsburyb/spring04/indigenousPeoples/classmaterials/class4/4H_Mahuikaetal_v_NewZealandBayefsky_com.htm.
- Comité de Derechos Humanos, *Bernard Ominayak, Chief of the Lubicon Lake Band v. Canada* (comunicazione 167/1984), Views adopted 26 March 1990, Report of the Human Rights Committee, GAOR, thirty-eight session, Suppl. no, 40 (A/38/40), verlo en www1.umn.edu/humanrts/undocs/session45/167-1984.htm.
- Comité de Derechos Humanos, *Ilmari Länsman et al. v. Finland (Länsman no. 1)* (communication 511/1992), views adopted 26 October 1994, report of the Human Rights Committee, vol. II, GAOR, Fiftieth Session, Suppl. no, 40 (A/50/40), verlo en <http://www1.umn.edu/humanrts/undocs/html/vws511.htm>.
- Comité de Derechos Humanos, *Ilmari Länsman et al. v. Finland (Länsman no. 2)* (communication 671/1995), views adopted 30 October 1996, report of the Human Rights Committee, vol. II, UN Doc. A/56/40 (vol. II), verlo en <http://sim.law.uu.nl/SIM/CaseLaw/fulltextccpr.nsf/160f6e7f0fb318e8c1256d410033e0a1/7434312e43ff6a8a41256d5f00407152?OpenDocument>.

- Comité de Derechos Humanos, *Ivan Kitok v. Sweden* (comunicación Nº. 197/1985), Views adopted 27 July 1988, Report of the Human Rights Committee, GAOR, Forty-third session, Suppl. No. 40 (A/43/40), verlo en <http://www1.umn.edu/humanrts/undocs/197-1985.html>.
- Comité de Derechos Humanos, *Sandra Lovelace v. Canada* (comunicación Nº 547/1993), Views adopted 30 July 1981, Report of the Human Rights Committee, GAOR, Thirty-sixth session, Suppl. No. 40 (A/36/40), verlo en http://www.lawsite.ca/MLSC/Lovelace_w.htm.
- Comité de Derechos Humanos, *Concluding Observations of the Human Rights Committee, Canada*, U.N. Doc. CCPR/C/79/Add.105 (1999), en <http://www1.umn.edu/humanrts/hrcommittee/canada1999.html>.
- Comité sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales de Australia, *Concluding Observations of the Committee on Economic, Social and Cultural Rights: Australia*, 1 de septiembre de 2000. E/C12/1/Add. 50.
- Committee on Native American Struggles, *Rethinking Indian Law*, New York, 1982, IV.
- Comité sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales de Australia, *Compilación de observaciones finales sobre países de América Latina y del Caribe (1989-2004)*, en [www2.ohchr.org/english/bodies/cescr/docs/publications/CESCRCompilacion\(1989-2004\).pdf](http://www2.ohchr.org/english/bodies/cescr/docs/publications/CESCRCompilacion(1989-2004).pdf).
- Declaración de Washington del 9 de septiembre de 2005 de los Obispos de América Latina y del Caribe.
- «Die Weltseele und der Pils», en R. SHELDRAKE, T. NCKENNA, R. ABRAHAM, *Denken am Rande des Udenkbaren*, 1991, Bern und München, Scherz Verlag, 1991.
- D. RIBEIRO, *Le Americhe e la civiltà. Formazione e sviluppo ineguale dei popoli americani*, II, Torino, Einaudi, 1975.
- D. HELD, A. MCGREW (eds.), *The Global Transformations Reader*, Cambridge, Polity, 2002.
- D. ZOLO, *Globalizzazione. Una mappa dei problemi*, Bari, Laterza, 2006.
- E. DE VATTEL, *The Law of Nations, or the Principles of Natural Law*, Classic of International Law series, 1916.
- F. CAPOTORTI, *Study on the Rights of Persons Belonging to Ethnic, Religious and Linguistic Minorities*, New York, United Nations, 1979, E/CN4/Sub2/384/Rev/1.

- F. DE NARDIS, «Movimenti globali», en F. MARCELLI (a cargo de), *Diritto internazionale, movimenti globali e cooperazione tra comunità*, Milano, Franco Angeli, 2007, pp. 212-233.
- F. DE VITORIA, *De indis et de jure belli relectiones*, Classic of International Law Series, 1917.
- F. FRANCONI y M. SCHEININ (eds.), *Cultural Human Rights*, Leiden-Boston, M. Nijhoff, 2008.
- F. MARCELLI, «Il Forum globale delle ONG», en S. MARCHISIO, G. GARAGUSO, *Río: Vertice per la Terra*, Milano, Franco Angeli, 1993.
- F. MARCELLI, *Il regime internazionale della ricerca scientifica e tecnologica, con particolare riferimento alla ricerca spaziale*, Roma, CNR, 1996
- F. MARCELLI, «La tutela dell'ambiente e la partecipazione democratica come elementi di una nuova identità latino-americana emergente», en G. CATALDI y A. PAPA (a cargo de), *Ambiente, diritti ed identità culturale*, Napoli, Editoriale scientifica, 2006, pp. 251-268.
- F. MARCELLI, «Verso una terza fase del diritto internazionale? Il ruolo dei movimenti sociali e delle autorità locali nell'attuazione del principio di cooperazione», en ID. (a cargo de), *Diritto internazionale, movimenti globali e cooperazione tra comunità*, Milano, Franco Angeli, 2007, pp. 15-123.
- F. TORO JIMÉNEZ, *Derecho internacional público*, I, Caracas, Universidad Católica Andrés Bello, 2004.
- FONDAZIONE BASSO, *Sfera pubblica e costituzione europea*, Bari, Carocci, 2001.
- G. C. MARKS, «Indigenous Peoples in International Law. The Significance of Francisco De Vitoria and Bartolomé De Las Casas», en *Australian Yearbook of International Law*, 1992.
- G. T. MORRIS, «In Support of Self-Determination for Indigenous Peoples under International Law», en *German Yearbook of International Law*, 1986.
- G. WELHENGAMA, *Minorities' Claims: From Autonomy to Secession*, Aldershot-Burlington USA – Singapore – Sidney, Ashgate, 2000.
- GROTIUS, *The Freedom of the Seas*, Carnegie Endowment for International Peace, 1916.
- GROTIUS, *The Law of War and Peace*, Classics of International Law, 1925.

- H.-J. HEINTZE, «International Law and Indigenous Peoples», en *Law and State*, 45, 1992.
- HYDE, *International Law Chiefly as Interpreted and Applied by the United States*, 1922.
- J. CRAWFORD, *The Creation of States in International Law*, Oxford University Press, Oxford, 2006.
- J. D. VANDER VYER, «State sovereignty and the environment in international law», en *The South American Law Journal*, August 1992, pp. 472-495.
- J. E. KRASNO «The UN Landscape: An Overview», en ID. (ed.), *The United Nations. Confronting the Challenges of a Global Society*, Boulder-London, Lynne Renner Publishers, 2004.
- J. J. CORNTASSEL, T. H. PRIMEAU, «Indigenous Sovereignty and International Law. Revised Strategies for Pursuing «Self-Determination»», en *Human Rights Quarterly*, 17, 1995.
- J. WESTLAKE, *Chapters on the Principals of International Law*, 1894.
- L. FERRAJOLI, *La sovranità nel mondo moderno. Nascita e crisi dello stato nazionale*, Milano, Anabasi, 1995.
- L. F. L. OPPENHEIM, *International Law*, edición a cargo de R. F. ROXBURGH, 1920.
- LEGA INTERNAZIONALE PER I DIRITTI E LA LIBERAZIONE DEI POPOLI, *I popoli indigeni. Antologia di testi*, Roma, s.d.
- M. G. SCHECHTER, *United Nations Global Conferences*, London-New York, Routledge, 2005.
- M. SCHEININ, « «Indigenous peoples» rights under the International Covenant on Civil and Political Rights», en J. CASTELLINO, N. WALSH (eds.), *International Law and Indigenous Peoples*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden-Boston, 2005.
- N. PAECH, G. STUBY, *Völkerrecht und Machtpolitik in den internationalen Beziehungen*, Hamburg, VSA-Verlag, 2001.
- N. QUOC DINH, P. DAILLIER, A. PELLET, *Droit international public*, Paris, LGDJ, 1992.
- OFFICE OF THE HIGH COMMISSIONER FOR HUMAN RIGHTS, *The Rights of Indigenous Peoples*, Fact sheet No. 9, rev. 1, p. 3, también en www.unhcr.ch/html/menu6/2/fs9.htm.
- ONIC, *Derechos de los Pueblos Indígenas y sistemas de jurisdicción propia*, Bogotá, 2007.

- ONIC, *Mujeres indígenas, sabias y resistentes, voces y vivencias*, Bogotá, 2008.
- P. ALSTON, «Introduction», in ID. (ed.), *Peoples' Rights*, Oxford, Oxford University Press, 2001.
- R. FALK, «Foreword», en MAIVÂN CLECH LÂM, *At the Edge of the State: Indigenous Peoples and Self-Determination*, Ardsley, New York, Transnational Publishers, 2000.
- R. GALLISSOT, A. RIVERA, *L'imbroglione etnico*, Bari, Dedalo, 1997.
- R. MCCORQUODALE, *Self-Determination in International Law*, Dartmouth, Ashgate, 2000.
- R. ROMANO, «Introduzione» a ID. (a cargo de), *America Indiana. Storia cultura e situazione degli indios*, Torino, Einaudi, 1976.
- R. STEVENHAGEN, «Indigenous Rights: Some Conceptual Problems», en *Indigenous Peoples' Experiences with Self-Government*, Copenhagen, IWGIA and the University of Amsterdam, 1994.
- R. THAKUR (ed.), *What is Equitable Geographical Representation in the twenty-first Century*, The United Nations University, 1999, en [/www.unu.edu/unupress/equitable.pdf](http://www.unu.edu/unupress/equitable.pdf).
- S. J. ANAYA, *Indigenous Peoples in International Law*. Oxford University Press, 2004.
- S. AMIN, *Il capitalismo nell'era della globalizzazione*, Trieste, Asterios, 2007.
- S. LATOUCHE, *Come sopravvivere allo sviluppo*, Torino, Bollati Boringhieri, 2005.
- S. MARCHISIO, G. GARAGUSO, *Río: Vertice per la Terra*, Milano, Franco Angeli, 1993.
- S. MARCHISIO, *L'ONU*, Bologna, Il Mulino, 2000.
- S. R. MARTINI VIAL, C. LAZZAROTTO FORTES, *O direito à terra como terra do direito*, Porto Alegre, Evangraf, 2005.
- S. YEE y J.-Y. MORIN (eds.), *Multiculturalism and International Law*, M. Nijhoff, 2009.
- T. HOBBS, *Leviathan*, edición a cargo de R. TRUCK, 1991.
- T. MELISH, *Protecting Economic, Social and Cultural Rights in the Inter-American Human Rights System: A Manual on Presenting Claims*, Orville H. Schell jr. Center for International Human Rights, Yale Law School- Centro de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Ecuador, 2002.
- T. TODOROV, *La conquista dell'America. Il problema dell'altro*, Torino, Einaudi, 1984.

- United Nations, Economic and Social Council, Commission on Human Rights, Sub-Commission on Prevention of Discrimination and Protection of Minorities, Fifty-first session, Item 7 of the provisional agenda, Human Rights of Indigenous Peoples, *Study on treaties, agreements and other constructive arrangements between States and indigenous populations. Final report by Miguel Alfonso Martínez, Special Rapporteur* (E/CN.4/Sub. 2/1999/20), 22 Junio 1999.
- United Nations, General Assembly, Sixty-first session, 108th plenary meeting, Thursday, 13 September 2007, 3 p.m., New York, A/61/PV.108.
- U.N. SUBCOMMISSION ON PREVENTION OF DISCRIMINATION AND PROTECTION OF MINORITIES, *Study of the Problem of Discrimination against Indigenous Populations*, UN Doc. E/CN. 4/Sub. 2/1986/7/Add. 4, 1986.
- V. DI CAGNO, *La protección del medio ambiente en Cuba*, La Habana, Editorial de ciencias sociales, 2005.
- V. DI CAGNO, *Martí jurista*, La Habana, Centro de estudios martianos, 2003 (citado en el Prefacio de Miguel Antonio D'ESTÉFANO PISANI, p. 9).
- V. SHIVA, *Il mondo sotto brevetto*, Milano, Feltrinelli, 2002.
- V. TCHÉRÉMISSINOFF, «Quelques fondements historiques pour une réflexion sur le droit des nations autochtones des Amériques», en *Amérindiens, «De l'oubli à l'avenir»*, en *Nord Sud XXI*, Genève, 1996.
- W. E. HALL, *A Treatise on International Law*, edición a cargo de A. P. HIGGINS, 1924.

LIBRERÍA JURÍDICA SÁNCHEZ R. LTDA
Calle 46 No. 43-43
PBX: 444 44 98
Medellín - Colombia

