

ACERCA DE LA PROTECCIÓN DE LA DIVERSIDAD CULTURAL Y LOS DERECHOS DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS EN EL DERECHO INTERNACIONAL II

Juan Daniel Oliva Martínez

Volume 21, numéro 2, 2008

URI : <https://id.erudit.org/iderudit/1068882ar>

DOI : <https://doi.org/10.7202/1068882ar>

[Aller au sommaire du numéro](#)

Éditeur(s)

Société québécoise de droit international

ISSN

0828-9999 (imprimé)

2561-6994 (numérique)

[Découvrir la revue](#)

Citer cet article

Oliva Martínez, J. (2008). ACERCA DE LA PROTECCIÓN DE LA DIVERSIDAD CULTURAL Y LOS DERECHOS DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS EN EL DERECHO INTERNACIONAL II. *Revue québécoise de droit international / Quebec Journal of International Law / Revista quebequense de derecho internacional*, 21(2), 167–265. <https://doi.org/10.7202/1068882ar>

Résumé de l'article

Dernièrement, on constate une tendance vers la préservation de la diversité culturelle en droit international, qui est comprise comme faisant partie du patrimoine de toute l'humanité. À ce sujet, il faut souligner le rôle joué par l'UNESCO de même que l'adoption et l'entrée en vigueur de la *Convention sur la protection et la promotion de la diversité des expressions culturelles*. Parallèlement, les institutions internationales reconnaissent progressivement aux peuples autochtones, garants authentiques et dépositaires de la diversité culturelle, une série de droits spécifiques qui génèrent des obligations de résultat et de comportement pour les États. Ces droits sont destinés à assurer l'autonomie des peuples autochtones et à préserver leur identité culturelle spécifique. Ce travail porte fondamentalement sur les convergences entre la protection de la diversité culturelle et la reconnaissance des droits des peuples autochtones. Nous partons de la prémisse que les avancées dans ces domaines, avec leurs particularités réglementaires, se renforcent et s'enrichissent mutuellement, contribuant à consolider une branche émergente du droit international appelée à protéger la diversité culturelle.

ACERCA DE LA PROTECCIÓN DE LA DIVERSIDAD CULTURAL Y LOS DERECHOS DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS EN EL DERECHO INTERNACIONAL II*

*Juan Daniel Oliva Martínez***

En los últimos tiempos se viene confirmando un marco jurídico internacional tendente a preservar la diversidad cultural, entendida esta como un patrimonio de toda la humanidad. Al respecto cabe destacar el papel jugado por la UNESCO y concretamente la adopción de la *Declaración sobre la diversidad cultural* y de la *Convención para la preservación y promoción de expresiones culturales*—ya en vigor. Paralelamente la comunidad internacional ha empezado a reconocer que los pueblos indígenas de todo el planeta, auténticos garantes y depositarios de la diversidad cultural, tienen una serie de derechos específicos, de titularidad variable y amplio contenido material, que generan obligaciones para los Estados tanto de resultado como de comportamiento. Estos derechos estarían encaminados a asegurar su autonomía y preservar su identidad cultural diferenciada. Este trabajo se adentra fundamentalmente en las confluencias que existen entre la protección de la diversidad cultural y el reconocimiento de los derechos de los pueblos indígenas, partiendo de la premisa de que los avances en estos campos, con sus especificidades y ámbitos concretos de regulación, se refuerzan y enriquecen, ayudando a consolidar un emergente sector del derecho internacional llamado a proteger la diversidad cultural.

Dernièrement, on constate une tendance vers la préservation de la diversité culturelle en droit international, qui est comprise comme faisant partie du patrimoine de toute l'humanité. À ce sujet, il faut souligner le rôle joué par l'UNESCO de même que l'adoption et l'entrée en vigueur de la *Convention sur la protection et la promotion de la diversité des expressions culturelles*. Parallèlement, les institutions internationales reconnaissent progressivement aux peuples autochtones, garants authentiques et dépositaires de la diversité culturelle, une série de droits spécifiques qui génèrent des obligations de résultat et de comportement pour les États. Ces droits sont destinés à assurer l'autonomie des peuples autochtones et à préserver leur identité culturelle spécifique. Ce travail porte fondamentalement sur les convergences entre la protection de la diversité culturelle et la reconnaissance des droits des peuples autochtones. Nous partons de la prémisse que les avancées dans ces domaines, avec leurs particularités réglementaires, se renforcent et s'enrichissent mutuellement, contribuant à consolider une branche émergente du droit international appelée à protéger la diversité culturelle.

* La primera parte de este artículo fue publicada en nuestro número anterior (Volumen 21.1). Este artículo toma como base un trabajo previo -ahora actualizado, ampliado y mejorado- que fue publicado con en la obra colectiva *Una discusión sobre la gestión de la diversidad cultural* (Dykinson, Madrid, 2008). El libro fue coordinado por mi colega el profesor Óscar Pérez de la Fuente. Otros de mis trabajos publicados en España o en América Latina también han estado centrados en los derechos de los pueblos indígenas y las cuestiones vinculadas con la protección de la diversidad cultural.

** Profesor Doctor en derecho internacional (Universidad Carlos III de Madrid). Autor de varios libros sobre los derechos de los pueblos indígenas, los derechos humanos y la diversidad cultural entre ellos: J. Daniel Oliva Martínez, *El fondo para el desarrollo de los pueblos indígenas : una organización internacional de cooperación*, La Paz, Fondo indígena, 2003; Fernando Mariño y J. Daniel Oliva Martínez, eds., *Avances en la protección de los derechos de los pueblos indígenas*, Madrid, Dykinson, 2004; J. Daniel Oliva Martínez, *La cooperación internacional con pueblos indígenas : desarrollo y derechos humanos*, CIDEAL, Madrid, 2005 y J. Daniel Oliva Martínez y Diego Blázquez, eds., *Los derechos humanos ante los desafíos internacionales de la diversidad cultural*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2007. Su tesis doctoral, a la que se otorgó el Premio extraordinario de doctorado (2005), se tituló "La protección de los derechos de los pueblos indígenas : fundamento, contextos de formación y reconocimiento normativo en el derecho internacional". Es Coordinador académico del Máster en acción solidaria y Co-Director del Título de experto en pueblos indígenas, derechos humanos y cooperación internacional en la Universidad Carlos III de Madrid. Ha sido asesor (2004-2007) del programa indígena de la Agencia española de cooperación internacional para el desarrollo.

En la primera parte de este artículo que se publicó con anterioridad en el volumen previo de esta misma revista nos adentramos en el estudio de la diversidad cultural como valor universal y de la evolución acontecida en la comunidad internacional en torno a la protección de la misma, con especial atención a los avances promovidos por la Organización de las Naciones unidas para la educación, la ciencia y la cultura (UNESCO) y la Comunidad iberoamericana de naciones, atendiendo también a la iniciativa de Naciones unidas en torno a la Alianza de civilizaciones.

Todo ello nos permitió concluir que uno de los objetivos últimos que parece haberse marcado la comunidad internacional es la preservación de la diversidad cultural, por lo que parece razonable que de manera paralela las mismas instituciones internacionales intenten asegurar la preservación de las culturas indígenas pues en ellas reside, en gran medida, la diversidad cultural en la actualidad. Este ámbito de reflexión ineludiblemente nos lleva a centrarnos en los derechos de los pueblos indígenas que precisamente surgen con el objetivo de asegurar la plena autonomía de estos pueblos desde la constatación general de su aporte a la diversidad humana.

Como realidad normativa específica reciente e inacabada, los derechos de los pueblos indígenas son productos de procesos sociopolíticos inspirados en ideales de cambio y transformación. Tales procesos pretenden orientarse en sentido pragmático a la solución de los problemas de los más de 350 millones de seres humanos pertenecientes a estas comunidades originarias repartidas por todo el planeta y están imbuidos de reivindicaciones liberadoras y de justicia etnocultural, que han tomado forma a través de movimientos de lucha y emancipación en marcos de resistencia y autoreconocimiento de la identidad, caracterizados por la diversidad y pluralidad de sus desarrollos. Estos movimientos de lucha se han fraguado a lo largo de la historia reciente, especialmente en Latinoamérica - pero también en otras regiones como Australia, Nueva Zelanda, los países nórdicos o Canadá - por lo que hay que tener muy presente las diferentes situaciones socio-culturales y los valores que están finalmente implicados en la fundamentación, institucionalización y positividad de las normas internacionales protectoras de los pueblos indígenas que han surgido en tres contextos principales: las Naciones unidas, el Sistema interamericano (conocido como la OEA) y la Organización internacional del trabajo (OIT).

Por ello en las próximas páginas nos aproximamos -tal y como ya anunciamos con anterioridad- al sector del derecho internacional llamado a proteger a los grupos y personas en situación de especial vulnerabilidad por su particular identificación étnica y más específicamente a las normas internacionales que se han configurado en los últimos tiempos con el objetivo de proteger los derechos de los pueblos indígenas y la diversidad por ellos representada. Concretamente nos adentramos en el estudio de la titularidad de esos derechos, el contenido material y los límites a los mismos, entendiendo que el derecho internacional viene asumiendo un enfoque integral que en gran medida tiene en cuenta la complejidad de las culturas indígenas. Esto constituye el contenido básico de la tercera y cuarta sección de este artículo y en núcleo central de la segunda parte del mismo que aquí introducimos.

Finalmente abordaremos cuáles son los valores y principios que confluyen en ambos procesos (protección de la diversidad cultural y de los derechos indígenas) lo que nos permitirá concluir acerca de esa interrelación que los refuerza y que se nutre de un emergente paradigma filosófico-jurídico de corte intercultural. Este paradigma, en nuestra opinión, está favoreciendo cambios fundamentales en algunos de los principios y bases normativas sobre los que se asienta el sistema internacional y su ordenamiento regulador, que están relacionados con la futura generación de un orden jurídico internacional más legitimado a ojos de las culturas no occidentales, adecuado a las nuevas necesidades y capaz de responder eficazmente a los desafíos internacionales de nuestro tiempo, especialmente aquellos referentes al encuentro entre grupos culturales y civilizaciones diferentes, y la armonización de las prácticas globales tendentes a facilitar la promoción de los derechos fundamentales y la preservación de la diversidad cultural.

III. Protegiendo la diversidad cultural desde el discurso y la práctica de los derechos humanos : Los derechos de los pueblos indígenas en el derecho internacional

A. Las culturas indígenas como un todo integrado : Hacia un enfoque holístico en materia de derechos de los pueblos indígenas

Quizás una fórmula tendente a preservar la diversidad cultural representada por los pueblos indígenas, más allá de las iniciativas de la UNESCO estudiadas en la primera parte del artículo que tienen una proyección variable en cuanto a su protección efectiva, podría pasar por asegurar la protección de los derechos culturales ya reconocidos en el derecho internacional a las personas indígenas. Al respecto cabe mencionar el artículo 27 de la *Declaración universal de derechos humanos*¹ de las Naciones unidas y los artículos 13 al 15 del *Pacto internacional de derechos económicos, sociales y culturales*². De esta manera :

Toda persona debe tener la posibilidad de expresarse, crear y difundir sus obras en la lengua que desee y en particular en su lengua materna; toda persona tiene derecho a una educación y una formación de calidad que respeten plenamente su identidad cultural; toda persona debe tener la posibilidad de participar en la vida cultural que elija y conformarse a las prácticas de su propia cultura, dentro de los límites que impone el respeto de los derechos humanos y de las libertades fundamentales.³

¹ *Declaración universal de derechos humanos*, Res. AG 217(III), Doc. of. AG NU 3ª ses., sup. n° 13, Doc. NU A/810 (1948) 71 [*DUDH*].

² *Pacto internacional de derechos económicos, sociales y culturales*, 19 de diciembre de 1966, 993 R.T.N.U. 3 (entró en vigor : 3 de enero de 1976) [*PIDESC*].

³ *Declaración universal de la UNESCO sobre la diversidad cultural*, Conferencia general de la UNESCO, Doc. of. UNESCO, 31ª ses., art. 5 [*Declaración universal de la UNESCO*].

No puede respetarse la dignidad de la persona, si no se respeta la cultura en la que está surge como tal y se desarrolla en contacto con los otros.

Si bien la *DUDH* no contiene referencias a la problemática de los grupos culturales diferenciados, en cambio el artículo 27 del *Pacto internacional de derechos civiles y políticos* establece que :

En los Estados en que existan minorías étnicas, religiosas o lingüísticas, no se negará a las personas que pertenezcan a dichas minorías el derecho que les corresponde, en común con los demás miembros de su grupo, a tener su propia vida cultural, a profesar y practicar su propia religión y a emplear su propio idioma.⁴

A pesar de que los dos pactos de 1966 prohíben la discriminación basada en la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, las opiniones políticas o de otro índole, el origen nacional o social, la posición económica, el nacimiento o cualquier otra condición social, lo cierto es que este artículo constituye la única referencia a minorías étnicas en los mismos. Ahora bien, como se advertirá su redacción es vaga y débil. En primer lugar, deja abierta la cuestión de cómo o quien decide si existen o no minorías en algún Estado, pues como se sabe, en muchos Estados se niega la existencia de minorías. En segundo lugar, el artículo 27 no reconoce derechos a las minorías como tales, sino simplemente a las “personas que pertenezcan a dichas minorías”, manteniendo así la concepción individualista de los derechos humanos. En tercer lugar, no se afirman los derechos en forma positiva, sino se dice, simplemente, que no se negarán sus derechos a tener su propia vida cultural a dichas personas. Una afirmación en positivo indudablemente habría sido más eficaz⁵. Se trata por lo tanto de un marco de protección a todas luces insuficiente.

⁴ *Pacto internacional de derechos civiles y políticos*, 19 de diciembre de 1966, 999 R.T.N.U. 171, art. 27. (entró en vigor : 23 de marzo de 1976) [*PIDCP*].

⁵ Rodolfo Stavenhagen, “Los derechos de los pueblos indígenas en el ordenamiento internacional” en Fernando M. Mariño Menéndez y J. Daniel Olivia Martínez, eds., *Avances en la protección de los derechos de los pueblos indígenas*, Madrid, Dykinson, 2004 en la p. 11 [Stavenhagen, “*Derechos de los pueblos indígenas*”]. Cómo nos recuerda R. Stavenhagen el alcance limitado del artículo 27 impulsó a la Subcomisión a preparar nuevos textos jurídicos para una protección más efectiva de los derechos de las minorías. Este trabajo culminó, después de muchos años, en la *Declaración de los derechos de las personas pertenecientes a minorías nacionales o étnicas, religiosas y lingüísticas*, Res. AG 47/135, Doc. of. AG NU, 47ª ses., sup. n° 49, Doc. NU A/47/49, vol. I (1992) [*Declaración de minorías*]. Al igual que la *DUDH*, *supra* nota 1, la *Declaración de minorías* no tiene carácter vinculante (es decir, no es un tratado o convenio ratificado por los Estados), pero tiene también fuerza moral y política, a pesar de que la Subcomisión eludió el espinoso problema de la definición de las minorías (hubo varios intentos de hacerlo pero no consiguieron el consenso de los miembros de la Subcomisión). El artículo primero de la *Declaración de minorías* estipula que los Estados protegerán la existencia y la identidad de las minorías nacionales o étnicas, culturales, religiosas y lingüísticas en sus territorios, y que adoptarán medidas legales y otras que favorezcan la identidad y el desarrollo cultural de dichas minorías. Por otra parte, la Declaración especifica los derechos que tienen las personas pertenecientes a minorías, ya sea en forma individual o colectiva, pero no reconoce a las minorías en sí como portadoras de derechos. Es decir, se mantiene, aunque algo modificado, el enfoque individualista del *PIDCP*.

Pese a esas debilidades, los pueblos indígenas han encontrado en el artículo 27 del *PIDCP* así como en la *Declaración de los derechos de las personas pertenecientes a minorías nacionales o étnicas, religiosas y lingüísticas*⁶ elementos que han podido fortalecer el ejercicio de sus derechos humanos, en la medida en que, en épocas pasadas, fueron considerados como “minorías nacionales o étnicas, religiosas y lingüísticas”. Muchos son también los Estados que en un ámbito interno han reconocido –vía constitucional o vía legislativa– los derechos culturales de grupos culturales diferenciados y las minorías étnicas que viven al interior de sus fronteras⁷. Gran parte de esta normativa internacional o nacional consagra el derecho a la diferencia⁸, la existencia cultural alterna⁹ o más genéricamente el derecho a la identidad cultural¹⁰. Ahora bien este marco de protección vinculado al derecho básico

⁶ *Declaración de minorías*, supra nota 5.

⁷ Como ejemplo debemos mencionar diferentes instrumentos adoptados en el marco de la UNESCO como son el *Acuerdo para la importación de objetos de carácter educativo, científico y cultural*, 17 de junio de 1950, 131 R.T.N.U. 25 (entró en vigor : 21 de mayo de 1952); *Protocolo anexo al Acuerdo para la importación de objetos de carácter educativo, científico y cultural*, 26 de noviembre 1976, 1259 R.T.N.U. 3 (entró en vigor : 2 de enero de 1982); *Convención universal sobre derecho de autor*, 6 septiembre 1952, 216 R.T.N.U. 132 (entró en vigor : 6 de septiembre de 1955); *Declaración de principios de la cooperación cultural internacional*, Conferencia general de la UNESCO, Doc. of. UNESCO, 14ª ses., (1966) [*Declaración de cooperación cultural*]; *Convención sobre las medidas que deben adoptarse para prohibir e impedir la importación, la exportación y la transferencia de propiedad ilícitas de bienes culturales*, 14 noviembre 1970, 823 R.T.N.U. 232 (entró en vigor : 24 de abril de 1972); *Convención para la protección del patrimonio mundial cultural y natural*, 16 de noviembre de 1972, 1037 R.T.N.U. 162 (entró en vigor: 17 de diciembre de 1975); *Declaración sobre la raza y los prejuicios raciales*, Conferencia general de la UNESCO, Doc. of. UNESCO, 21ª ses., (1978) y la *Recomendación sobre la salvaguardia de la cultura tradicional y popular*, Conferencia general de la UNESCO, 25ª ses., (1989). Muchos de estos instrumentos ya han sido citados en la primera parte de este artículo.

⁸ Otfried Höffe, *Derecho intercultural*, Barcelona, Gedisa, 2000 en la p. 245 [Höffe]. Cómo ha señalado el profesor Höffe desde una perspectiva de análisis general, “las personas tienen derecho a universalismos particulares, como serían la historia, la tradición y la religión, la lengua, la cultura y las ideas comunes sobre el bien. Y como quiera que esta diversidad multiplica su riqueza social y cultural, la humanidad tiene incluso un interés en que se haga valer decididamente el derecho a la diferencia”.

⁹ Vid. en esta línea, Alberto Bartolomé, “El derecho a la existencia cultural alterna” (1994) serie E: 59 *Derechos indígenas en la actualidad* 103 y Margarita Cepeda, “Acerca del igual derecho a ser diferentes. Una crítica comunitarista a la noción de pluralidad de Rawls”, en Francisco Cortes y Alfonso Monsalve, eds., *Liberalismo y comunitarismo. Derechos humanos y democracia*, Valencia, Alfons El Magnànim, 1996 en las pp. 171-186.

¹⁰ Antonio Peña Jumpa, “Límites a la concepción universal de los derechos humanos en sociedades pluriculturales : el caso de los Aymaras del sur andino” en Manuel Calvo García, ed., *Identidades culturales y derechos humanos*, Madrid, IISJO-Dykinson, 2002, 179 en las pp. 204-205. Según ha señalado el profesor Antonio Peña Jumpa : “El derecho a la identidad cultural se definiría como aquel poder de ejercicio de las personas o grupos de personas que pertenecen a un determinado grupo humano o social que consiste en: 1. Obrar o actuar de acuerdo al sentido del grupo humano o social que, a su vez, agrupa intereses y valores; 2. Obrar o actuar de acuerdo a la experiencia del grupo humano o social que, a su vez, agrupa los hechos y la historia; 3. La existencia de rasgos totales sobre la base de tal sentido y experiencia de actos que se comparten y transmiten en el grupo humano o social; 4. La capacidad que tales rasgos organicen o configuren una forma o estilo de vida en el grupo humano o social [...] Como puede apreciarse, el concepto Derecho a la identidad cultural involucra una totalidad de actos y rasgos de un grupo humano o social determinado”. Sobre el derecho a la diferencia y la identidad cultural como respuesta a las demandas identitarias véanse algunos de los trabajos recogidos. Austin Sarat y Thomas T. Keams, “Responding to the Demands of Difference: An Introduction” en Austin Sarat y Thomas T. Keams, eds., *Cultural pluralism, identity politics and law*,

de los pueblos a la afirmación y al desarrollo de la propia cultura¹¹, no ha conseguido captar la complejidad de las culturas indígenas ni la proyección de éstas por lo que se ha requerido un enfoque mucho más ambicioso, que, relacionado con el principio de libre determinación, en gran medida ha dado lugar al reconocimiento de los derechos de los pueblos indígenas, tal y como hoy los contemplamos en el derecho internacional.

Las culturas indígenas son sumamente complejas y ricas y nos remiten a un conjunto de significados, de símbolos particulares, de valores y de normas que son ampliamente compartidos acerca de cómo debe desarrollarse la vida social, económica, política y jurídica (toda cultura indígena está asociada a un sistema particularizado de resolución de conflictos) de la comunidad que se desarrollan en la práctica a través de una plasmación en objetos culturales concretos y en instituciones sociales que adquieren una función en la historia y en el presente para los integrantes de aquella cultura indígena.

Las culturas indígenas son productos de la interacción social, son modificadas por la acción de los individuos concretos a lo largo de la historia y suelen estar apegadas a un idioma indígena diferenciado que adquiere una función comunicativa y de identificación para los miembros de una determinada comunidad etnocultural con rasgos particulares. Toda cultura indígena conlleva un componente comunitario, un sentimiento de identificación con una comunidad particularizada, una identidad colectiva con particularidades propias por parte de los integrantes que materializan ese sentimiento en la cultura material, los espacios comunitarios y de relación social, los ciclos diarios y los ritos de paso que identifican el origen, desarrollo y final de las personas indígenas: el nacimiento, paso de la niñez a la adolescencia, de ésta a la madurez, de la madurez a la vejez y de la vejez a la muerte.

Todo ello nos lleva a afirmar que los pueblos indígenas manifiestan una concepción y una praxis holística de su cultura, como un todo globalizado que engloba una multidimensionalidad de aspectos que van más allá de los referentes culturales clásicos¹². Desde su filosofía cósmica los indígenas se identifican con el

Michigan, University of Michigan Press, 2002, 1. Un buen debate sobre los derechos culturales aparece recogido en la obra de Halina Niec, "Sentar las bases para la realización de los derechos culturales?" en Halina Niec, ed., *¿A favor o en contra de los derechos culturales?*, París, UNESCO, 2001, 279.

¹¹ Francisco Javier de Lucas Martín, "Algunas reflexiones sobre la protección del derecho a la cultura de las personas y grupos vulnerables en el ámbito europeo" en Fernando Mariño Menéndez y Carlos R. Fernández Liesa, eds., *La protección de las personas y grupos vulnerables en el derecho europeo*, Madrid, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 2001 en la p. 603.

¹² El Comité de derechos humanos en su interpretación del artículo 27 del PIDCP ha puesto de manifiesto esta concepción holística de la cultura que prima entre los pueblos indígenas. Al respecto pueden citarse algunas comunicaciones concretas en los casos *Bernard Ominayak, Jefe de la Agrupación del Lago Lubicon c. Canadá*, Comunicación n° 167/1984, Doc. of. HCR NU, 38° ses., Doc. NU CCPR/C/38/D/167/1984 (1990) [*Ominayak c. Canadá*] en la que el Comité argumentó que las prácticas culturales asociadas al territorio están amparadas por la norma de integridad cultural del artículo 27 del PIDCP; en el caso *Ivan Kitok c. Suecia*, Comunicación n° 197/1985, Doc. of. HCR NU, 33° ses., Doc. NU CCPR/C/33/D/197/1985 (1988) [*Kitok c. Suecia*] en la que el Comité concluyó que las prácticas económicas se encuentran amparadas por el artículo 27 en la medida en que pueden resultar esenciales para la cultura del grupo; el caso *Ilmari Länsman et al. c. Finlandia*, Comunicación

resto de los seres vivos, con los que están llamados a vivir en armonía, manejando un concepto de la tierra en la que están asentados y de los recursos naturales que allí se encuentran, no utilitarista, no instrumental, no economicista, sino fundamentador de su propia identidad diferenciada.

De esta manera los territorios históricos y los recursos naturales no son contemplados en las culturas indígenas como un instrumento favorecedor del desarrollo o un útil del que puede disponerse sin control, tampoco como un recurso económico sin más, sino ante todo como un referente asociado a los propios fundamentos culturales de la existencia social del grupo. La apropiación, la explotación descontrolada, la expropiación, el desplazamiento y la invasión de los territorios indígenas constituyen atentados a la propia identidad diferenciada de los grupos indígenas y por lo tanto ataques a sus culturas¹³. Al respecto podemos mencionar el voto razonado conjunto de los jueces A. A. Cançado Trindade, M. Pacheco Gómez y A. Abreu Burelli de la Corte interamericana de derechos humanos en la sentencia del caso *Awás Tingni (Nicaragua)*. En su opinión :

Sin el uso y goce efectivos de [sus tierras], ellos estarían privados de practicar, conservar y revitalizar sus costumbres culturales, que dan sentido a su propia existencia, tanto individual como comunitaria. El sentimiento que se desprende es en el sentido de que, así como la tierra que ocupan les pertenece, a su vez ellos pertenecen a su tierra. Tienen, pues, el derecho de preservar sus manifestaciones culturales pasadas y presentes, y el de poder desarrollarlas en el futuro. De ahí la importancia del fortalecimiento de la relación espiritual y material de los miembros de la Comunidad con las tierras que han ocupado, no sólo para preservar el legado de las generaciones pasadas, sino también para asumir y desempeñar las responsabilidades que ellos asumen respecto de las generaciones por venir. De ahí, además, la necesaria prevalencia que atribuyen al elemento de la *conservación* sobre la simple explotación de los recursos naturales. Su forma comunal de propiedad, mucho más amplia que la concepción civilista (jusprivatista), debe, a nuestro juicio, ser apreciada desde este prisma, inclusive bajo el artículo 21 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos¹⁴, a la luz de los hechos del *cas d'espèce*. La preocupación por el elemento de la conservación refleja una manifestación cultural de la integración del ser humano con la naturaleza y el mundo en que vive. Esta integración, creemos, se proyecta tanto en el espacio como en el tiempo, por cuanto nos relacionamos, en el espacio, con el sistema natural de que somos parte y que debemos tratar con cuidado, y, en el

nº 511/1992, Doc. of. HCR NU, 52ª ses., Doc. NU CCPR/C/52/D/511/1992 (1994) [*Länsmann c. Finlandia*] en la que el Comité incluyó la cría de renos en las tierras tradicionales del pueblo sami entre los elementos integrante de la cultura sami garantizada por la norma de integridad cultural. Más adelante volveremos sobre estos y otros casos.

¹³ Anthony Mason, "The Rights of Indigenous People in Lands Once Part of the Old Dominions of the Crown" (1997) 46 I.C.L.Q. 812. Anthony Mason ha puesto de manifiesto esta relación entre cultura y derechos territoriales para el caso de los indígenas australianos.

¹⁴ *Convención americana sobre derechos humanos*, 22 de noviembre de 1969, 1144 R.T.N.U. 123, O.A.S. Treaty Series nº. 36, art. 21(entró en vigor : 18 de julio de 1978) [*Convención americana*].

tiempo, con otras generaciones (las pasadas y las futuras), en relación con las cuales tenemos obligaciones.¹⁵

Pues bien esta relación entre territorio y cultura, puede ser extensible a cualquier otro aspecto de su vida comunitaria, de ahí que como señalamos en el título de este epígrafe se venga manejando por parte de las organizaciones indígenas, de los Estados más comprometidos y de las organizaciones internacionales en las que están tomando forma, un enfoque holístico en materia de derechos de los pueblos indígenas. Los derechos colectivos de los pueblos indígenas que empiezan a ser reconocidos en un ámbito internacional estarían así relacionados con aspiraciones morales legítimas, acerca del aseguramiento de marcos de convivencia autónomos, la generación de un desarrollo con identidad, la preservación de los territorios o del patrimonio cultural. Muchos de estos derechos encontrarían así un fundamento, al menos indirecto, en la constatación empírica de que las culturas indígenas son un todo integrado, aferradas a un componente comunitario y a un sentimiento de pertenencia a una comunidad diferenciada que remite a múltiples dimensiones en el plano económico, social, político, jurídico y propiamente cultural, todas ellas plenamente interrelacionadas y que han de ser protegidas por igual en beneficio de la preservación integral de las culturas indígenas en el objetivo global de proteger la diversidad cultural.

B. Los titulares de los derechos indígenas : Las personas y los pueblos indígenas

Los pueblos indígenas son considerados en el derecho internacional contemporáneo como una categoría que englobaría a un conjunto de grupos humanos diferenciados (no hablaremos nunca de un pueblo indígena, sino de pueblos indígenas, diversos y heterogéneos) que manifiestan una serie de características comunes¹⁶ y una solidaridad intergrupal y a los se deberían reconocer la titularidad de

¹⁵ *Caso de la comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni (Nicaragua)* (2001), Inter-Am. Ct. H.R. (Ser. C) n° 79, en los párr. 8-10 del voto razonado conjunto de los jueves A.A. Cançado Trindade, M. Pacheco Gómez y A. Abreu Burelli [*Awas Tingni (Nicaragua)*]. Los votos particulares de todos los jueces de la Corte están recogidos en Felipe Gómez Isa, *El caso Awas Tingni c. Nicaragua : Nuevos horizontes para los derechos humanos de los pueblos indígenas*, Bilbao, Universidad de Deusto, 2003 [Gómez Isa]. Resuenan en todo ello las conclusiones del Documento final de trabajo elaborado por la Relatora especial Erica-Irène A. Daes, *Las poblaciones indígenas y su relación con la tierra*, Doc. of. CES NU, 52ª ses., Doc. NU E/CN.4/Sub.2/2000/25, (2000) en los párr. 11-19.

¹⁶ En el presente trabajo partimos de la siguiente definición de pueblos indígenas : Los pueblos indígenas son aquellas comunidades etnoculturales diferenciadas que a lo largo de la historia han sido sometidas a una proceso de conquista, subyugación, subordinación o asimilación por poblaciones llegadas de ultramar o sus descendientes, que han sido incorporados a los Estados nacionales en contra de su voluntad o sin su consentimiento. Los miembros de los pueblos indígenas, en la actualidad, mantienen una conciencia de identidad colectiva diferenciada, comparten una lengua y una cultura común, se perciben y definen a sí mismos como participantes de una tradición y de una historia compartida que les distingue de otros individuos que están insertos en tradiciones diferentes y mantienen, en la práctica o en el imaginario colectivo, un apego especial a unos territorios ancestrales. A su vez, los pueblos indígenas sufren o han sufrido una situación de especial vulnerabilidad y manifiestan, en el presente, una actitud de resistencia y solidaridad interétnica, identificándose con las luchas de otros pueblos

una serie de derechos específicos. Con ello, tomando en cuenta la práctica de las organizaciones internacionales, la *opinio iuris* expresada por los gobiernos en diferentes foros internacionales acerca de sus obligaciones con los pueblos indígenas, los instrumentos más o menos consolidados que específicamente recogen disposiciones sobre los derechos de los pueblos indígenas u obligaciones de los Estados en relación con ellos¹⁷, y las decisiones de la Corte interamericana de derechos humanos y otros órganos de control de derechos humanos, parece evidente que podríamos establecer una clara diferenciación entre los pueblos indígenas y las minorías.

Ahora bien, esta diferenciación entre minorías y pueblos indígenas no debe llevarnos a equívoco, puesto que a pesar de las reivindicaciones y demandas que los representantes indígenas vienen manifestando desde la década de los setentas, lo cierto es que el ordenamiento jurídico internacional no otorga los mismos derechos a los pueblos indígenas que a los pueblos coloniales o a los pueblos sometidos a un régimen opresor que amenaza su supervivencia colectiva. De esta manera podemos constatar que el derecho internacional se está abriendo a la aceptación de una nueva categoría jurídica intermedia que constituye un nuevo sujeto de derecho, los pueblos indígenas, que no pueden ser contemplados como minorías pero tampoco como “pueblos” titulares del derecho a la libre determinación en todas sus dimensiones,

indígenas que habitan otras partes del mundo, frente a las dinámicas globales envolventes y la imposición de modelos en el plano económico, político, social y cultural, de la que todavía hoy son objeto.

¹⁷ Nos referimos al *Convenio n° 169 sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes*, 27 de junio 1989, Boletín oficial de la OIT, vol. LXXII, ser. A, n° 2 (entró en vigor : 5 de septiembre de 1991) [*Convenio 169*]; a la *Declaración de las Naciones unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas*, Res. AG 61/295, Doc. of. AG NU 61ª ses., Doc. NU A/RES/61/295 (2007) [*Declaración de las Naciones unidas*] aprobada tras 25 años de trabajos y negociaciones por la Asamblea general de las Naciones unidas el 13 de septiembre de 2007; y al *Proyecto de Declaración de las Naciones unidas sobre pueblos indígenas*, que se reprodujo en el anexo del Consejo de los derechos humanos, Grupo de trabajo de la Comisión de derechos humanos encargado de elaborar un proyecto de declaración de conformidad con el párrafo 5 de la resolución 49/214 la Asamblea general de fecha 23 de diciembre de 1994, 29 de junio de 2006, en línea: Oficina del alto comisionado para los derechos humanos <<http://www.ohchr.org/french/issues/indigenous/docs/declaration.doc>> [*Proyecto de Declaración de las Naciones unidas*]. Sobre la Declaración que se viene discutiendo en un contexto interamericano hay que señalar que la discusión sigue abierta, muy influenciada como era de esperar por la aprobación de la *Declaración de las Naciones unidas*. Las negociaciones deberían culminar con la aprobación definitiva de un documento final que pudiera ser considerado por la Asamblea general de la OEA. Actualmente contamos con tres textos de referencia que son con los utilizamos en este trabajo. Nos referimos a : OEA, Consejo permanente, *Nota del Secretario Ejecutivo de la Comisión interamericana de derechos humanos sobre el Proyecto de Declaración americana sobre los derechos de los pueblos indígenas*, Doc. of. OEA/Ser.G CP/doc.2878/97 (1997) [*Proyecto original de Declaración americana*]; OEA, Consejo permanente, Comisión de asuntos jurídicos y políticos, Grupo de trabajo encargado de elaborar el Proyecto de Declaración americana sobre los derechos de los pueblos indígenas, *Texto consolidado del proyecto de Declaración preparado por la presidencia del grupo de trabajo*, Doc. of. OEA/Ser.K/XVI GT/DADIN/doc.139/03 (2003) [*Texto consolidado de Declaración americana*] y, más reciente, OEA, Consejo permanente, Comisión de asuntos jurídicos y políticos, Grupo de trabajo encargado de elaborar el Proyecto de Declaración americana sobre los derechos de los pueblos indígenas, *Registro del estado actual del proyecto de Declaración americana sobre los derechos de los pueblos indígenas*, Doc. of. OEA/Ser.K/XVI GT/DADIN/doc.334/08 rev.6 (2011) [*Registro actual de Declaración americana*]. Es el resultado de las trece reuniones de negociación para la búsqueda de consensos celebradas por el grupo de trabajo.

incluida aquella que un sector de la doctrina ha denominado como externa¹⁸. Los pueblos indígenas son destinatarios de una serie de medidas de protección y de reparación específicas y en todo caso, según van avanzando los procesos de negociación en la comunidad internacional, tienden a consolidarse como titulares de un conjunto de derechos colectivos diferenciados. Hablaríamos, por el momento, de un sujeto en construcción y de una paulatina evolución, en la que los pueblos indígenas están pasando a convertirse de objeto de preocupación del derecho internacional a sujetos del mismo¹⁹. Todo ello se está produciendo en un contexto general de ampliación y diversificación de la subjetividad internacional que acontece en el ordenamiento internacional de nuestro tiempo y que, superando la estatalidad y la clásica relación entre soberanía y subjetividad, anuncia la generación de un derecho internacional no necesariamente estatocéntrico, más democrático y eficaz. Los pueblos indígenas, incorporados en una nueva categoría jurídica diferenciada de los pueblos coloniales, los pueblos sometidos o las minorías, junto a otros actores no estatales, están llamados a jugar un importante papel desde el ejercicio de una libre determinación, por el momento y aunque nos resulte contradictorio, sometida a límites.

En relación con la titularidad de los derechos de los pueblos indígenas y de los individuos que los componen que empiezan a ser reconocidos en el derecho internacional, podemos adelantar que nos encontramos con tres tipos vinculados a los derechos de los indígenas. Podríamos hablar de una titularidad individual genérica, de una titularidad individual específica y de una titularidad colectiva.

En efecto, tras un estudio exhaustivo de la práctica de los Estados, del *Convenio 169*, de la *Declaración de las Naciones Unidas*, del proyecto de Declaración que viene negociándose en un contexto interamericano, de las decisiones de los tribunales internacionales y de los órganos de control de los convenios de derechos humanos, nos encontramos ante tres tipos de titularidad vinculadas a los derechos indígenas.

A. Por un lado podríamos hablar de una titularidad individual genérica, aquella que nos remite a los derechos de las personas de origen indígena en tanto que pertenecientes a este tipo de comunidades etnoculturales diferenciadas y que de alguna manera suponen un refuerzo de los derechos humanos individuales reconocidos internacionalmente²⁰. Entre los derechos que nos remiten a esta titularidad individual genérica de las personas pertenecientes a un pueblo indígena,

¹⁸ Sin que nos entusiasme excesivamente esa denominación.

¹⁹ Anna Meijknecht, *Towards International Personality: The Position of Minorities and Indigenous Peoples in International Law*, Antwerpen, Intersentia, 2001.

²⁰ *Registro actual de Declaración americana*, *supra* nota 17, art. 5: “[Las personas] indígenas tienen derecho al goce pleno de todos los derechos humanos y libertades fundamentales reconocidos en la Carta de las OEA, de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre [...] y otros [principios, normas e] instrumentos internacionales [y regionales] de derechos humanos”. *Declaración de las Naciones Unidas*, *supra* nota 17, art. 1 dispone: “Los indígenas tienen derecho, como pueblos o como individuos, al disfrute pleno de todos los derechos humanos y las libertades fundamentales reconocidos en la Carta de las Naciones Unidas, la Declaración Universal de Derechos Humanos y las normas internacionales de derechos humanos.”

podríamos mencionar el derecho a no ser objeto de ninguna discriminación, en particular fundada en su origen o identidad indígena²¹; a una nacionalidad²²; a la vida, la integridad física y mental, la libertad y la seguridad de la persona; a no sufrir la asimilación forzosa o la destrucción de su cultura²³; a la libertad religiosa y de conciencia²⁴; a pertenecer a una comunidad o nación indígena de conformidad con las tradiciones y costumbres de la comunidad o nación de que se trate²⁵; a no ser reclutado contra su voluntad para servir en las fuerzas armadas²⁶; a una educación según las formas del Estado sin discriminación²⁷; el derecho a tener una formación adecuada sobre la base de su propia identidad y a la educación en su propia cultura y en su propio idioma y a disponer de medios de formación profesional en igualdad de condiciones²⁸; a no ser sometidas (las personas indígenas) a condiciones discriminatorias de trabajo, empleo o salario y a gozar de todos los derechos laborales²⁹; y el derecho a disfrutar por igual del nivel más alto posible de salud física y mental³⁰.

B. Por otro lado deberíamos hablar de un tipo de titularidad individual específica, relacionada con los derechos de los niños, los jóvenes, las mujeres, las personas con discapacidad o los ancianos indígenas, quienes aún viendo reconocidos una serie de derechos generales manifiestan una situación de especial vulnerabilidad que exige unos derechos específicos. Esta titularidad nos está situando ante lo que podemos denominar un proceso de sobre-especificación de los derechos humanos, pues nos encontramos con derechos que les corresponde a sus titulares por el hecho de ser niños e indígenas (al respecto cabe recordar el artículo 30 de la *Convención sobre los derechos del niño*³¹), jóvenes e indígenas, mujeres e indígenas³²,

²¹ *Declaración de las Naciones unidas, supra* nota 17, art 2.

²² *Ibid.*, art 6.

²³ *Ibid.*, art 7.1 y 8.1.

²⁴ *Texto consolidado de Declaración americana, supra* nota 17, art. 15.

²⁵ *Declaración de las Naciones unidas, supra* nota 17, art. 9.

²⁶ El caso *Alejandro Piché Cuca c. Guatemala* (1993), Inter-Am. Comm. H.R. No. 36/93, en los párr. 36-96, *Annual Report of the Inter-American Commission on Human Rights : 1993*, Caso 10.975, 299 [Cuca], por el que la Comisión condenó la práctica del reclutamiento forzoso de jóvenes indígenas con procedimientos ilegales y consideró que Guatemala era responsable a raíz de las prácticas de sus agentes de la violación de la *Convención americana, supra* nota 14 por el derecho a la libertad personal (art. 7), la protección de la dignidad humana (art. 11) y el derecho de circulación (art. 22) así como por no haber cumplido con las garantías procesales y el debido proceso (art. 8 y 25), recalcando el carácter discriminatorio de aquella acción contra los jóvenes maya-quiché.

²⁷ *Declaración de las Naciones unidas, supra* nota 17, art. 14.2.

²⁸ *Ibid.*, art. 14.3 y *Convenio 169, supra* nota 17, art. 21 y 22.

²⁹ *Declaración de las Naciones unidas, supra* nota 17, art. 17; *Texto consolidado de Declaración americana, supra* nota 17, art. 27 y *Convenio 169, supra* nota 17, art. 20.

³⁰ *Declaración de las Naciones unidas, supra* nota 17, art. 24.2.

³¹ *Convención sobre los derechos del niño*, 20 noviembre 1989, 1577 R.T.N.U. 3, art 30 (entró en vigor: 2 septiembre 1990) [CDN]. En efecto no debemos olvidar que la citada Convención, que ha sido ratificada por la casi totalidad de los Estados, en su artículo 30 nos da muestras de ese proceso de sobrespecificación mencionado al disponer que: "En los Estados en que existan minorías étnicas, religiosas o lingüísticas o personas de origen indígena, no se negará, a un niño que pertenezca a tales minorías o que sea indígena el derecho que le corresponde, en común con los demás miembros de su grupo, a tener su propia vida cultural, a profesar y practicar su propia religión, o a emplear su propio idioma." El Comité de los derechos del niño, en el marco de sus actividades de control, muestra habitualmente su preocupación por la situación de los niños indígenas en los Estados parte de la *CDN*

discapitados e indígenas y ancianos e indígenas. Los derechos que nos remiten a esa titularidad individual específica son, entre otros, los derechos de los niños indígenas a todos los niveles y formas de educación del Estado sin discriminación y a recibir, cuando sea posible, una educación integral en su propia cultura y en su propio

con población indígena. Citamos algunas observaciones en las que se incluyen referencias a la situación de los niños indígenas: Comité de los derechos del niño, Observaciones finales : *Australia*. 20/10/05, Doc. of. HRC NU, 40ª ses., Doc. NU CRC/C/15/Add.268; Comité de los derechos del niño, Observaciones finales : *Uganda*. 23/11/05, Doc. of. HRC NU, 40ª ses., Doc. NU CRC/C/UGA/CO/2; Comité de los derechos del niño, Observaciones finales : *Costa Rica*. 21/09/05, Doc. of. HRC NU, 39ª ses., Doc. NU CRC/C/15/Add.266; Comité de los derechos del niño, Observaciones finales : *Ecuador*. 13/09/05, Doc. of. HRC NU, 39ª ses., Doc. NU CRC/C/15/Add.262; Comité de los derechos del niño, Observaciones finales : *Nepal*. 21/09/05, Doc. of. HRC NU, 39ª ses., Doc. NU, CRC/C/15/Add.261; Comité de los derechos del niño, Observaciones finales : *Nicaragua*. 21/09/05, Doc. of. HRC NU, 39ª ses., Doc. NU, CRC/C/15/Add.265; Comité de los derechos del niño, Observaciones finales : *Filipinas*. 21/09/05, Doc. of. HRC NU, 39ª ses., Doc. NU CRC/C/15/Add.259; Comité de los derechos del niño, Observaciones finales : *Bolivia*. 28/01/05, Doc. of. HRC NU, 38ª ses., Doc. NU CRC/C/15/Add.256; Comité de los derechos del niño, Observaciones finales : *Belice*. 28/01/05, Doc. of. HRC NU, 38ª ses., Doc. NU CRC/C/15/Add.252; Comité de los derechos del niño, Observaciones finales : *Colombia*. 02/06/05, Doc. of. HRC NU, 42ª ses., Doc. NU CRC/C/COL/CO/3; Comité de los derechos del niño, Observaciones finales : *México*. 02/06/06, Doc. of. HRC NU, 42ª ses., Doc. NU CRC/C/MEX/CO/3; Comité de los derechos del niño, Observaciones finales : *Perú*. 14/03/06, Doc. of. HRC NU, 41ª ses., Doc. NU CRC/C/PER/CO/3; Comité de los derechos del niño, Observaciones finales : *Tailandia*. 17/03/06, Doc. of. HRC NU, 41ª ses., Doc. NU CRC/C/THA/CO/2; Comité de los derechos del niño, Observaciones finales : *República del Congo*. 20/10/06, Doc. of. HRC NU, 43ª ses., Doc. NU CRC/C/COG/CO/1. También podemos recordar el Comité de los derechos del niño, Observación General nº 6 : *Trato de los menores no acompañados y separados de su familia fuera de su país de origen*, Doc. of. HRC NU, 2005, Doc. NU CRC/GC/2005/6; y el Comité de los derechos del niño, Observación general nº 7 : *Realización de los derechos del niño en la primera infancia*, Doc. of. HRC NU, 2006, Doc. NU CRC/GC/7. Están recogidas en el trabajo elaborado por Fergus Mackay, ed., *Pueblos indígenas y órganos de los tratados de las Naciones Unidas. Compilación de jurisprudencia de los órganos de los tratados de la ONU*, vol. II. 2005-2006, Madrid, Almageda, 2006 [Mackay].

³² *Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer*, 18 de diciembre de 1979, 1249 R.T.N.U. 13 (entró en vigor : 3 de septiembre de 1981) [CEDAW]. Por su parte el Comité para la eliminación de la discriminación de la mujer ha manifestado su preocupación por las condiciones en las que viven las mujeres indígenas en muchos de los países parte de la CEDAW. Al respecto podemos citar algunas observaciones del Comité en las que se hacen referencia a la situación de las mujeres indígenas : Comité de eliminación de la discriminación contra la mujer, Observaciones finales : *Paraguay*. 15/02/05, Doc. of. HRC NU, 32ª ses., Doc. NU CEDAW/C/PAR/CC/3-5; Comité de eliminación de la discriminación contra la mujer, Observaciones finales : *Gabón*. 15/02/05, Doc. of. HRC NU, 32ª ses., Doc. NU CEDAW/C/GAB/CC/2-5; Comité de eliminación de la discriminación contra la mujer, Observaciones finales : *Laos*. 15/02/05, Doc. of. HRC NU, 32ª ses., Doc. NU CEDAW/C/LAO/CC/1-5; Comité de eliminación de la discriminación contra la mujer, Observaciones finales : *Malasia*. 31/05/06, Doc. of. HRC NU, 35ª ses., Doc. NU CEDAW/C/MYS/CO/2; Comité de eliminación de la discriminación contra la mujer, Observaciones finales : *Guatemala*. 02/06/06, Doc. of. HRC NU, 35ª ses., Doc. NU CEDAW/C/GUA/CO/6; Comité de eliminación de la discriminación contra la mujer, Observaciones finales : *Australia*. 03/02/06, Doc. of. HRC NU, 34ª ses., Doc. NU CEDAW/C/AUL/CO/5; Comité de eliminación de la discriminación contra la mujer, Observaciones finales : *Venezuela*. 03/02/06, Doc. of. HRC NU, 34ª ses., Doc. NU CEDAW/C/VEN/CO/6; Comité de eliminación de la discriminación contra la mujer, Observaciones finales : *Tailandia*. 03/02/06, Doc. of. HRC NU, 34ª ses., Doc. NU CEDAW/THA/CO/5; Comité de eliminación de la discriminación contra la mujer, Observaciones finales : *Guyana*. 22/07/05, Doc. of. HRC NU, 33ª ses., Doc. NU CEDAW/C/GUY/CO/3-6; Comité de eliminación de la discriminación contra la mujer, Observaciones finales : *Filipinas*. 25/08/06, Doc. of. HRC NU, 36ª ses., Doc. NU CEDAW/C/PHI/CO/6; Comité de eliminación de la discriminación contra la mujer, Observaciones finales : *México*. 25/08/06, Doc. of. HRC NU, 36ª ses., Doc. NU CEDAW/C/MEX/CO/6.

idioma³³; el derecho de los niños indígenas a no ser objeto de explotación económica, realizar trabajos que puedan resultar peligrosos, interferir en su educación o resultar perjudicial para su salud o desarrollo físico espiritual, mental, moral o social³⁴; los derechos de los ancianos, mujeres, jóvenes, niños y personas con discapacidades indígenas a beneficiarse de medidas especiales para asegurar el mejoramiento continuo de sus condiciones económicas y sociales³⁵, así como de verse favorecidos (las mujeres y niños indígenas) de las medidas estatales de protección y garantías plenas contra todas las formas de violencia y discriminación³⁶.

C. Por último cabe situar que nos encontramos con una titularidad colectiva, que en nuestra opinión, por su propia dimensión comunitaria, más claramente están vinculados al objetivo de la preservación de la diversidad cultural representada por los pueblos indígenas. De esta manera, los pueblos indígenas como tales se ven reconocidos un conjunto de derechos colectivos.

De entre todos ellos, nosotros nos centraremos en los seis que consideramos estar relacionados de manera más clara con seis ámbitos de la vida social y comunitaria de los pueblos indígenas imprescindibles para asegurar la protección de sus culturas diferenciadas: nos referimos al derecho al autogobierno y la autonomía; al autodesarrollo; a la identidad o diferencia cultural; a la preservación y control de los territorios; al derecho propio; y finalmente el derecho al consentimiento previo, libre e informado. Todos ellos vinculados con el derecho matriz de libre determinación.

Estos derechos, de carácter colectivo, nos remiten a un problema añadido, esto es, una titularidad difusa que genera problemas de identificación de los titulares de estos derechos. En efecto, cuando hablamos de pueblos indígenas nos estamos refiriendo a un sujeto colectivo al que habría que reconocer un conjunto de derechos, que no está clarificado y que está mal identificado. Los problemas que han surgido en la comunidad internacional en torno a una definición plenamente aceptada sobre quiénes son los pueblos indígenas y quiénes los representan y la tendencia dominante relacionada con la autoidentificación como criterio fundamental para determinar quiénes son³⁷, nos está precisamente indicando que la cuestión de la titularidad difusa no es un asunto que carezca de importancia³⁸. Los pueblos indígenas, en algunos

³³ *Declaración de las Naciones Unidas*, supra nota 17, art. 14. 2 y 14.3; *Convenio 169*, supra nota 17, art. 28 y 29.

³⁴ *Declaración de las Naciones Unidas*, supra nota 17, art. 17.2.

³⁵ *Ibid.*, art. 21.2. El documento también recoge (en su artículo 22.1) que habrá de prestarse “particular atención a los derechos y necesidades especiales de los ancianos, las mujeres, los jóvenes, los niños y las personas con discapacidades indígenas en la aplicación de la presente Declaración.”

³⁶ *Ibid.*, art. 22.2. El artículo 7 (ya aprobado por consenso) de la futura *Declaración americana* está dedicado a la igualdad de género y recoge disposiciones análogas en relación con la protección de las mujeres indígenas. *Registro actual de Declaración americana*, supra nota 17 en la p. 9.

³⁷ El artículo I (ya aprobado) de la *Declaración americana* asume directamente la autoidentificación como criterio básico. *Registro actual de Declaración americana*, supra nota 17 en la p. 8. Como es conocido finalmente en la *Declaración de las Naciones Unidas*, supra nota 17, se evitó la inclusión de una definición ante los problemas que ello conllevaba de cara al acuerdo final.

³⁸ En efecto, la titularidad difusa y una subjetividad colectiva ficticia (asociadas a la indefinición e indeterminación del concepto de pueblo aún no resueltas por el derecho internacional y reforzadas por

contextos, mantienen fronteras políticas y socio-culturales permeables que en ocasiones los confunden con otros grupos humanos no indígenas. A lo largo de la historia se han mezclado con otras comunidades y además suelen estar asentados en una base territorial poco consolidada o compartida con otras poblaciones no indígenas. De esta forma es muy común que en los territorios y pueblos indígenas habiten comunidades mestizas, ladinas o blancas en el caso de Latinoamérica, que los asentamientos habitados por indígenas tengan sus límites con otros pueblos cuyos habitantes se definen como mestizos o que los barrios urbanos en los que se asientan los indígenas llegados del campo estén incorporados a la geografía de las grandes ciudades multiculturales de los países del Sur y entremezclados lógicamente con otros barrios y distritos no habitados –o sólo en parte– por indígenas.

Todas estas circunstancias, nos remiten a una complicación práctica incuestionable relacionada con el ejercicio de ciertos derechos reconocidos internacionalmente, en un contexto poco delimitado, por parte de unos titulares mal definidos y entremezclados con sujetos que no son titulares de esos derechos que se pretenden ejercer. Pensemos, por ejemplo, en las complicaciones prácticas para el ejercicio por parte de los pueblos indígenas del derecho a la autonomía o al autogobierno en esos pueblos habitados por indígenas, ladinos y blancos o en los conflictos que podría generar el ejercicio de los derechos territoriales por parte de los pueblos indígenas en zonas, comarcas, provincias o regiones en las que no sólo están asentadas estas comunidades. A su vez, pese a los avances que se han producido al respecto en los últimos tiempos, lo cierto es que los pueblos indígenas, todavía en la actualidad, en muchos casos no cuentan con una representatividad bien delimitada y democrática; sus líderes, dirigentes y autoridades no siempre están sometidos a procesos de elección bien legitimados y, por lo tanto, no tienen por qué expresar realmente el sentimiento y la voluntad del colectivo. La cuestión más problemática es la que nos hace preguntarnos acerca de quién representa a los pueblos indígenas, situación nada sencilla de resolver, cuando nos encontramos con que al interior de algunos países, regiones, provincias e incluso poblaciones, varias son las organizaciones indígenas que se disputan la legítima representatividad de tales pueblos indígenas³⁹. Todo ello nos sitúa ante los problemas de titularidad de los pueblos indígenas como sujeto colectivo a la hora de recibir unos derechos y defenderlos en caso de violación desde las débiles garantías, recursos o instrumentos de control, que por ahora proporciona el derecho internacional.

Como bien ha señalado James Anaya, el contenido específico de la nueva generación de normas internacionales concernientes a los derechos de los pueblos

la inexistencia de un acuerdo sobre la categoría de pueblos indígenas) son problemas de partida en todo lo relativo a los derechos colectivos de los pueblos indígenas.

³⁹ Por ejemplo en el caso del Fondo indígena, organización sobre la que hemos podido trabajar en profundidad, no siempre podemos asegurar que los representantes indígenas en la Asamblea general o el Consejo directivo de la organización están realmente legitimados a representar a los pueblos indígenas de sus países. En alguno de nuestros trabajos dedicados a esta organización hemos reflexionado sobre ésta tan espinosa cuestión. Vid. J. Daniel Oliva Martínez, *El Fondo para el desarrollo de los pueblos indígenas : una organización internacional de cooperación*, La Paz, Fondo indígena, 2003 [Oliva Martínez, *El Fondo*].

indígenas que nos remiten a esa titularidad colectiva mencionada, está todavía en desarrollo y sigue siendo un tanto ambiguo. Pese a ello lo cierto es que hay contenidos materiales que empiezan a ser confirmados y reflejados en el diálogo extensivo multilateral y en los procesos de decisión centrados en los pueblos indígenas y sus derechos específicos⁴⁰.

Todos estos derechos de los pueblos indígenas a los que nos vamos a referir llevan aparejados un conjunto de obligaciones para los Estados, de contenido tanto negativo o abstencionista, como positivo o promocional, y constituyen, como ya adelantábamos, dimensiones complementarias del derecho a la libre determinación, que en una construcción particular y específica, en el marco de complicadas negociaciones, el derecho internacional viene reconociendo a los pueblos indígenas.

En las próximas páginas nos acercaremos a estos derechos y a las obligaciones de los Estados aludidas, analizando fundamentalmente su contenido material y sus límites, es decir, aproximándonos a cómo están siendo construidos cada uno de ellos en el derecho internacional dejando de lado argumentaciones o interpretaciones de tipo moral o valorativo. No nos interesa por lo tanto resaltar las supuestas carencias, debilidades o insuficiencias de los contenidos incorporados por estos derechos sino ante todo destacar cuáles son, *stricto sensu*, algunos de los contenidos reales de los derechos de los pueblos indígenas plenamente incorporados o en proceso de incorporación al derecho internacional a través de la práctica efectiva de los Estados. Lo cual es favorable, pues de esa manera estos derechos empiezan a reconocerse y a tomar forma en los instrumentos internacionales, los textos formales, las resoluciones y los procesos de negociación, o porque han sido objeto de un tratamiento específico en las sentencias de algunos tribunales internacionales.

Dejamos por motivos de espacio, para futuros trabajos, las importantes cuestiones de los sistemas de control de las obligaciones asumidas por los Estados en relación con los pueblos indígenas y de los mecanismos de protección de los derechos de estas comunidades reconocidos por el derecho internacional que, pese a los avances, constituyen hasta la fecha, los elementos más endebles del emergente estatuto protector de los pueblos indígenas. En efecto, todavía no se han creado mecanismos de fiscalización del cumplimiento de las obligaciones de los Estados, que específicamente estén destinadas a la protección de los derechos de los pueblos indígenas, por lo que la eficacia del derecho internacional en este ámbito se encuentra muy debilitada. El *Convenio 169* de la OIT, el único instrumento internacional consolidado no incorpora ningún mecanismo de control específico de las obligaciones que los Estados han contraídos al ratificarlo, más allá de la labor que pueden desarrollar los Comités generales de la organización. Tampoco la *Declaración de las Naciones unidas* o la Declaración de ámbito interamericano, que continúa negociándose, prevén la incorporación de mecanismos de protección autónomos o el establecimiento de órganos de control *ad hoc*.

⁴⁰ S. James Anaya, "Los derechos de los pueblos indígenas" en Felipe Gómez Isa, ed., *La protección internacional de los derechos humanos en los albores del siglo XXI*, Bilbao, Universidad de Deusto, 2004, 687 en la p. 717 [Anaya, "Los derechos"].

Esto no significa que el derecho internacional no haya ofrecido hasta la fecha garantías de control para la protección de los derechos de los pueblos indígenas que se están reconociendo internacionalmente, lo que ocurre es que éstas las han proporcionado los procedimientos y órganos que no han sido especialmente concebidos para la protección de los pueblos indígenas, sino que se crearon con el objeto de desarrollar procedimientos de control del comportamiento estatal en relación con las obligaciones que han contraído en materia de derechos humanos mediante mecanismos de los instrumentos convencionales generales. Al respecto debemos recordar el papel de la Corte interamericana en el ámbito de la OEA, la actividad desarrollada por dos de los mecanismos convencionales generales, el Comité de derechos humanos y el Comité sobre la eliminación de la discriminación racial, y por el mecanismo general establecido por la OIT para el control de las obligaciones de los Estados que han ratificado sus convenios que se concreta en la acción fiscalizadora de los Comités tripartitos de la organización. También, de manera más reciente, se han adentrado en la cuestión indígena, en algunos de sus informes y observaciones, el Comité de los derechos del niño, el Comité de los derechos económicos, sociales y culturales y el Comité para la eliminación de la discriminación de la mujer. Todos estos órganos de control vienen generando una jurisprudencia coherente de gran valor y utilidad para los futuros procesos de creación e interpretación de normas sobre los derechos de los pueblos indígenas. A pesar de lo que se debe resaltar, la protección ofrecida hasta el momento resulta precaria.

Ahora bien, al respecto, debemos concluir, teniendo muy en cuenta las limitaciones del mandato del Relator especial y las especificidades del Foro permanente o el Grupo de expertos, acerca de la necesidad de que se genere un mecanismo real de control, capaz de asegurar de manera eficaz el cumplimiento de las obligaciones que paulatinamente, en relación a los derechos de los pueblos indígenas, están asumiendo los Estados, vía ratificación del *Convenio 169* o el derecho internacional consuetudinario en formación. Hasta que ello no acontezca, se correrá el riesgo de generar expectativas relacionadas con un reconocimiento generalizado de los derechos colectivos de estas comunidades diferenciadas que, ante la ausencia de mecanismos eficientes, la comunidad internacional será incapaz de asegurar su efectiva protección⁴¹.

C. El contenido material de los derechos colectivos de los pueblos indígenas

1. EL DERECHO A LA LIBRE DETERMINACIÓN DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS COMO GARANTÍA DE LA PROTECCIÓN DE LA DIVERSIDAD: UNA CONSTRUCCIÓN ESPECÍFICA EN EL DERECHO INTERNACIONAL

Como se nos ha recordado una categoría normativa adicional y dominante del derecho internacional de los derechos humanos que se extiende a

⁴¹ Probablemente quien mejor ha trabajado la cuestión de los mecanismos de control sea el profesor James Anaya en sus numerosas investigaciones. De entre todas ellas destacamos la que más hemos manejado y la más importante en castellano: S. James Anaya, *Los pueblos indígenas en el derecho internacional*, Madrid, Trotta, 2005 [Anaya, *Los pueblos*].

favor de las demandas de los pueblos indígenas, es el principio⁴² o derecho de autodeterminación⁴³. En efecto, la creación de las Naciones Unidas, la incorporación de la autodeterminación de los pueblos como uno de los principios políticos fundacionales a los cuales los miembros de la organización se comprometían, la posterior inclusión de este derecho en los pactos internacionales de derechos humanos (y su conceptualización como un derecho de los pueblos), concretamente en el artículo 1 que ambos instrumentos comparten⁴⁴ y en otros instrumentos internacionales⁴⁵, así como los dictámenes y sentencias del Tribunal Internacional

⁴² *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*, Res. AG 2625 (XXV), Doc. Of. AG NU, 25ª ses., sup. n.º 28, Doc. NU A/8082 (1970) 131 [Resolución 2625]. A partir de la *Resolución 2625*, adoptada por la Asamblea general de las Naciones Unidas el 24 de octubre de 1970, no pueden quedar dudas acerca de que la libre determinación es uno de los principios fundamentales del ordenamiento internacional. Así se recoge explícitamente en la mencionada resolución, aprobada, no lo olvidemos, por consenso.

⁴³ Nos lo recuerda James Anaya en diferentes trabajos. No tratamos por nuestra parte de elaborar una teoría general de la libre determinación sino situar unas bases para la comprensión de la evolución acontecida con este principio o norma general del derecho internacional y su proyección en los reconocimientos jurídicos relacionados con los pueblos indígenas. Una teoría general sobre la libre determinación aplicable a los pueblos indígenas puede encontrarse precisamente en S. James Anaya, "A Contemporary Definition of the International Norm of Self-Determination" (1993) 3 *Transnat'l & Contemp. Probs.* 131 [Anaya, "A Contemporary Definition"]. y más recientemente en su obra de referencia, Anaya, "Los pueblos", *supra* nota 41 en las pp. 15-241.

⁴⁴ *PIDCP*, *supra* nota 4 y *PIDESC*, *supra* nota 2. Como es conocido el artículo primero compartido por estos convenios, dispone que: "1. Todos los pueblos tienen el derecho de libre determinación. En virtud de ese derecho establecen libremente su condición política y proveen asimismo libremente su desarrollo económico, social y cultural. 2. Para el logro de sus fines, todos los pueblos pueden disponer libremente de sus riquezas y recursos naturales, sin perjuicio de las obligaciones que derivan de la cooperación económica internacional basada en el principio del beneficio recíproco, así como del derecho internacional. En ningún caso podrá privarse a un pueblo de sus propios medios de subsistencia. 3. Los Estados Partes del presente Pacto, incluso los que tienen la responsabilidad de administrar territorios no autónomos y territorios en fideicomiso, promoverán el ejercicio del derecho de libre determinación, y respetarán este derecho de conformidad con las disposiciones de la Carta de las Naciones Unidas". Cabe destacar que el Comité de derechos humanos en sus informes sobre Canadá y Noruega de 1999, interpretó el derecho de autodeterminación en el contexto indígena, especialmente en lo relativo al párrafo 2 del artículo es decir los recursos y las riquezas naturales. Vid. Comité de derechos humanos, Observaciones finales: *Canadá. 07/04/1999*, Doc. of. HCR NU, 67ª ses., Doc. NU CCPR/C/79/Add. 105 en el párr. 7.

⁴⁵ En otros en la *Declaración sobre la concesión de la independencia a los países y pueblos coloniales*, Res. AG 1514 (XV), Doc. of. AG NU, 15ª ses., sup. n.º 16, Doc. NU A/4684 (1960) 70 [*Declaración sobre independencia a los pueblos coloniales*]; en el *Acta final de la conferencia sobre la seguridad y la cooperación en Europa*, 1º de agosto de 1975, parte VII, en línea: OSCE <<http://www.osce.org/mc/39501>>; *Carta africana de derechos humanos y de los pueblos*, 27 de junio de 1981, 1520 R.T.N.U 217, art. 20.1 (entró en vigor: 21 de octubre de 1986) y la *Declaración sobre el derecho al desarrollo*, Res. AG 41/128, Doc. Of. AG NU, 41ª ses., sup. n.º 53, Doc. NU A/41/53 (1986) art. 1.2 [*Declaración sobre el derecho al desarrollo*]. Por supuesto también adquirieron gran relevancia para el asunto que nos ocupa la *Soberanía permanente sobre los recursos naturales*, Res. AG 1803(XVII), Doc. Of. AG NU, 17ª ses., sup. n.º 17, Doc. NU A/5217(1962) 15; *Aplicación de la Declaración sobre la concesión de la independencia a los países y pueblos coloniales*, Res. AG 2105(XX), Doc. of. AG NU, 20ª ses., Doc. NU A/RES/2105(XX) (1965); *Declaración sobre el fomento entre la juventud de los ideales de paz, respeto mutuo y comprensión entre los pueblos*, Res. AG 2037(XX), Doc. of. AG NU, 20ª ses., Doc. NU A/RES/ 2037(XX) (1965). Todas estas resoluciones también fueron estableciendo el contenido del derecho a la libre determinación y fueron adoptadas por la Asamblea general de las Naciones Unidas. Por último podríamos citar la *Declaración y programa de acción de Viena*, en la

de justicia⁴⁶ o las elaboraciones de diferentes Comités de control sobre derechos humanos⁴⁷, marcaron la aceptación final de este derecho como una norma de derecho internacional general o consuetudinaria. Hablamos finalmente del derecho a la libre determinación como una norma de *jus cogens*, norma perentoria de derecho internacional puesto que está aceptada y reconocida por la comunidad internacional en su conjunto, sobre la cual no podría admitirse derogación y que solamente podría ser modificada por una norma subsiguiente que tuviera el mismo carácter⁴⁸. La libre determinación aparece así, en nuestros días, como uno de los principios esenciales y estructurales del derecho internacional contemporáneo y además como una norma general e imperativa que impone obligaciones y atribuye derechos *erga omnes*⁴⁹.

Ciertamente el derecho a la libre determinación está asentado en la idea generalmente aceptada de que los seres humanos, de manera individual y de manera colectiva, deben contar con las oportunidades que les permitan asumir las riendas de su propio destino y que por lo tanto las estructuras de gobierno al interior de los Estados y en la comunidad internacional deberían adaptarse y evolucionar para garantizar este fin. Todo ello no puede ser ajeno a los pueblos indígenas quienes históricamente y todavía en la actualidad se ven impedidos por modelos impuestos, procesos de exclusión, fuerzas externas y dinámicas envolventes a asumir un desarrollo propio y autónomo⁵⁰.

Conferencia mundial sobre derechos humanos, 14-25 de junio 1993, art. 1.2 (A/CONF.157/23). Se afirma que: "Todos los pueblos tienen derecho a la libre determinación. En virtud de este derecho, determinan libremente su condición política y persiguen libremente su desarrollo económico, social y cultural". La *Declaración con motivo del cincuentenario de las Naciones unidas*, Doc. of. AG NU, 50^a ses., Doc. NU A/RES/50/6 (1995) cuyo apartado 1 contiene "el derecho de todos los pueblos a la libre determinación, teniendo en cuenta la situación particular de los pueblos sometidos a dominación colonial o a otras formas de dominación u ocupación extranjeras, y reconociendo el derecho de los pueblos a tomar medidas legítimas, de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas, encaminadas a realizar su derecho inalienable a la libre determinación". Con ello definitivamente la libre determinación ha pasado de ser un principio a ser reconocido como un derecho por la comunidad internacional, se ha universalizado y ha adquirido nuevos contenidos que han ido superando el contexto vinculado a la descolonización.

⁴⁶ Vid. *Consecuencias jurídicas para los Estados de la continuidad de la presencia de Sudáfrica en Namibia (África sudoriental) pese a lo dispuesto en la resolución 276 (1970) del Consejo de Seguridad*, Opinión consultativa, [1971] C.I.J. Rec. 16 y *Caso relativo al Sahara Occidental*, Opinión consultativa, [1975] C.I.J. rec. 6.

⁴⁷ Al respecto cabe citar al Comité de derechos humanos, *Observación general n° 12 : Derecho a la libre determinación (art.1)*, Doc. of. HCR NU, 1984, Doc. NU HRI/GEN/1/Rev.3 y al Comité de las Naciones unidas sobre la eliminación de la discriminación racial, *Observación general n° 21 : Derecho a la libre determinación*, Doc. of. HCR NU, 1996, Doc. NU CERD/C/49/CRP.2/Add.7.

⁴⁸ *Convención de Viena sobre el derecho de los tratados*, 23 de mayo de 1969, 1155 R.T.N.U. 331, art. 53 (entró en vigor : 27 enero 1980) [*Convención de Viena*].

⁴⁹ Así lo ha dejado claro la Corte internacional de justicia en su sentencia sobre el asunto del *Caso relativo a Timor oriental (Portugal c. Australia)*, [1995] C.I.J. rec. 90, en el párr. 29. "El Tribunal considera que no hay nada que observar a la afirmación de Portugal según la cual el derecho de los pueblos a disponer de sí mismos, tal y como se ha desarrollado a partir de la Carta y de la práctica de la ONU, es un derecho oponible erga omnes. El principio del derecho de los pueblos a disponer de sí mismos ha sido recogido por la Carta de las Naciones unidas y en la jurisprudencia del Tribunal [...] y se trata de uno de los principios del derecho internacional contemporáneo". La sentencia completa puede consultarse en línea (<<http://www.icj-cij.org/cijwww/cdecisions>>).

⁵⁰ Serge Gutwirth, "Le droit à l'autodétermination entre le sujet individuel et le sujet collectif. Réflexions sur le cas particulier des peuples indigènes" (1998) Rev. D.I. & D.C. 23. Gutwirth ha trabajado desde

Como es conocido en el marco de los procesos de descolonización, en un principio, la comunidad internacional concibió la autodeterminación como el derecho de los habitantes de los territorios colonizados (territorios no autónomos) de alcanzar un desarrollo propio a través de: a) el surgimiento de un Estado soberano e independiente; b) la libre asociación con un Estado independiente ya existente; o c) la integración con un Estado independiente preexistente. La autodeterminación exigía una renovación o desaparición de las estructuras coloniales pues se consideraba que las sociedades colonizadas no contaban con una igualdad de oportunidades frente a los grupos colonizadores, en esencia siempre dominantes, quienes violaban sistemáticamente –por el mero hecho de ejercer una relación de dominación colonial– los derechos humanos de los colonizados⁵¹. Al respecto cabe recordar que la Asamblea general de las Naciones unidas declaró que el colonialismo constituía una negación de los derechos humanos fundamentales, era contrario a la *Carta de las Naciones unidas* y comprometía la paz internacional⁵².

Lo cierto es que pese a que hubo propuestas en ese sentido, los pueblos indígenas no pudieron beneficiarse del derecho a la libre determinación, tal y como ese derecho era comprendido bajo los principios que impulsaron los procesos de descolonización, especialmente, durante la década de los sesentas. Los pueblos indígenas sólo podían poseer el derecho a la libre determinación si vivían gobernados por un colonizador, cuya metrópoli originaria estaba situada al otro lado de una extensión de agua oceánica. Así, como se nos ha recordado, a las llamadas colonias de aguas azules, gobernadas por un Estado metropolitano, les fue otorgada la autodeterminación, pero en aquellas otras en las que el gobierno había sido entregado a una población colonial, los indígenas fueron definidos como detentadores del derecho en principio, pero no en la práctica. En otros contextos, donde los pueblos indígenas habían sido sometidos como una minoría en su propia tierra originaria, la negación del derecho era justificada en términos de los principios universales del gobierno de la mayoría⁵³. Cuando en los años setentas, los delegados indígenas reunidos en torno a las primeras conferencias internacionales bajo el auspicio de Naciones unidas se autoidentificaron como naciones sometidas a sistemas coloniales internos, herederos de los sistemas de conquista que habían generado prácticas genocidas y etnocidas, destrucción total o parcial de muchas de las culturas autóctonas, de su propia tierra y de sus instituciones económicas, sociales, políticas y jurídicas, y abogaron - desde su autodefinición como entidades soberanas- por el reconocimiento del derecho a la libre determinación. Nuevamente los Estados

esa doble perspectiva de análisis, individual y colectiva con relación a los pueblos indígenas y el derecho a la autodeterminación, negando finalmente ese derecho colectivo a los pueblos indígenas en otra parte de su interesante trabajo.

⁵¹ S. James Anaya, “Derechos indígenas y derecho internacional” (1992) 52: 1&2 *América indígena*, 28 [Anaya, “Derechos indígenas”].

⁵² *Declaración sobre independencia a los pueblos coloniales*, *supra* nota 45.

⁵³ Moana Jackson, “Autodeterminación: el principio y el proceso” (1998) 3 *Asuntos indígenas* 57 en la p. 59.

negaron esa posibilidad a estas comunidades etnoculturales diferenciadas, rechazando el concepto y no reconociendo las realidades del colonialismo a nivel interno⁵⁴.

Ha habido que esperar hasta una época más reciente, en el marco de una evolución del derecho a la libre determinación (que se ha despegado del contexto colonial) y de la propia evolución del principio de soberanía estatal, - un principio que en la actualidad se acomoda a la protección de los derechos humanos⁵⁵, la necesaria reforma democrática y la generación de instituciones políticas que favorezcan el desarrollo libre y autónomo de las comunidades etnoculturales diferenciadas- para que aquel derecho, el de libre determinación, sea reconocido, en el marco de la reivindicación de derechos específicos, con limitaciones, a los pueblos indígenas⁵⁶. De esta manera hablamos de la autodeterminación de los pueblos indígenas en el contexto de una readaptación y una reformulación a las nuevas realidades y necesidades internacionales del principio de libre determinación que lo relacionan, ya no sólo con la creación de un Estado independiente o un Estado libre asociado, sino sobre todo con la obligación de los Estados de generar al interior de sus fronteras, marcos de participación democrática que favorezcan la libre decisión y garanticen el libre desenvolvimiento de las sociedades que conviven en sus países, entre ellas los pueblos indígenas, siempre desde su propia realidad específica y culturalmente particularizada. Nos encontramos por lo tanto ante una reconceptualización de la libre determinación en el derecho internacional, que en el caso de los pueblos indígenas, está relacionada con la implementación de estructuras autónomas al interior de los Estados que aseguren los derechos culturales, económicos y políticos de estas comunidades etnoculturales diferenciadas y ofrezcan la posibilidad de que los pueblos indígenas encaren su desarrollo desde sus características distintivas, asegurando su identidad cultural diferenciada⁵⁷.

⁵⁴ Vid. C.G. Berkey, "International Law and Domestic Courts: Enhancing Self-Determination for Indigenous Peoples" (1992) 5 *Harv. Law. Rts. J.* 65, en las pp. 80-81 [Berkey]. También N. Rouland, S. Pierré-Caps y J. Poumarè, *Droit des minorités et des peuples autochtones*, Paris, PUF, 1996 en las pp. 447-448 [Rouland, Pierré-Caps y Poumarè].

⁵⁵ Vid. Robert McCorquodale, "Self-Determination: A Human Rights Approach" (1994) 43: 4 *I.C.L.Q.* 857.

⁵⁶ Vid. Anaya, "A Contemporary Definition", *supra* nota 43 en las pp. 132-164; Anaya, "Los pueblos", *supra* nota 41 en las pp. 135-241. Entre la doctrina española, debemos citar tres trabajos especialmente atractivos y clarificadores: Fernando M. Mariño, "Naciones unidas y el derecho de autodeterminación", en Fernando M. Mariño, ed., *Derechos humanos, balance y perspectivas de Naciones unidas en el cincuentenario de su creación*, Madrid, Universidad Carlos III, 1996, 77. [Mariño, "Naciones unidas"]; M. Paz Andrés Sáenz de Santa María, "La libre determinación de los pueblos en la nueva sociedad internacional" (1997) 1 *Cursos Euromediterráneos Bancaja de Derecho Internacional* en las pp. 113- 203 [Paz Andrés]; Javier Roldán Barbero, *Democracia y derecho internacional*, Madrid, Civitas, 1994 en las pp. 153-171.

⁵⁷ Sobre la cuestión, además de los trabajos ya mencionados pueden consultarse algunos de los trabajos que intentaron centrar el debate en el momento de mayor cuestionamiento sobre el tema: B. Kingsbury, *Indigenous Peoples and the International Community with Particular Reference to the Right of Self-Determination*, Oxford, University of Oxford, 1984; G.T. Morris, "In Support to the Rights of Self-Determination for Indigenous Peoples under International Law" (1986) 29 *G.Y.I.L.* en las pp. 277-316; Hurst Hanum, "New Developments in Indigenous Rights" (1988) 28 *Va. J. Int'l. L.* en las pp. 649-678; B. R. Howard, "Human Rights and Indigenous Peoples: On the relevance of International Law for Indigenous Liberation" (1992) 35 *G.Y.I.L.* en las pp. 105-156; Berkey, "International Law", *supra* nota 54 en las pp. 75-83 (en las que el autor se aproxima a la evolución del

Ello nos lleva a hablar de la libre determinación de los pueblos indígenas como el derecho matriz del que emanan el resto de sus derechos colectivos, ya que sin la capacidad de autodeterminar cómo pueden ser ejercidos los diversos derechos, no existe una garantía real del ejercicio de los mismos. Negar el derecho a la libre determinación de los pueblos indígenas, como en ocasiones han hecho algunos Estados, supone negarles la posibilidad de desarrollar su vida comunitaria sobre la base de sus propias prioridades y su identidad diferenciada y en gran medida supone atentar contra la diversidad cultural que ellos representan⁵⁸. Ahora bien, como enseguida veremos, este derecho a la libre determinación es un derecho, cuyo ejercicio en el marco de los actuales reconocimientos que se están produciendo en el derecho internacional, estipula una serie de condiciones y especificidades, que nos permite diferenciar a sus titulares, los pueblos indígenas, de aquellos titulares, los pueblos coloniales, quienes beneficiaron del derecho a la libre determinación que el derecho internacional les reconoció en la era de la descolonización. Estamos en gran medida, como ya adelantábamos en los párrafos anteriores, ante una construcción restringida del derecho a la libre determinación.

Fue desde la adopción de los Pactos internacionales en 1966 y muy especialmente, tal y como nos recuerda James Anaya en algunos de sus trabajos

derecho a la libre determinación en relación con los pueblos indígenas); G. Alfredsson, "The Right of Self Determination and Indigenous Peoples" en Cristian Tomuschat, ed., *Modern Law of Self-Determination*, Dordrecht, Martinus Nijhoff, 1993 en las pp. 41-54; Douglas Sanders, "Self Determination and Indigenous Peoples" en Cristina Tomuschat, ed., *Modern Law of Self-Determination*, Dordrecht, Martinus Nijhoff, 1993 en las pp. 55-81; Erica-Irène A. Daes, "Some Considerations on the Rights of Indigenous Peoples to Self-Determination" (1993) 3 *Transnat'l & Contemp. Probs.* en las pp. 1-11; Dalee Sambo, "Indigenous Peoples and International Standard-Setting Processes : Are State Governments Listening" (1993) 3 *Transnat'l & Contemp. Probs.* 14 en las pp. 23-25; Jeff J. Cornassel y Tomas Hopkins, "Indigenous "Sovereignty" and "International Law" : Revised Strategies for Pursuing Self Determination" (1995) 17 *Hum. Rts. Q.* en las pp. 343-365 [Cornassel y Hopkins]; Snezana Trifunovska, "On Theme in Two Variations-Self Determination for Minorities and Indigenous Peoples" (1997) 5 *International Journal on Minority and Group Rights* 175; Jennifer E. Brady, "The Huaorani Tribe of Ecuador : A Study on Self-Determination for Indigenous Peoples" (1997) 10 *Harv. Hum. Rts. J.* 219; Maivan Clech Lam, *At the Edge of the State : Indigenous Peoples and Self-Determination*, New York, Transnational Publishers, 2000.

⁵⁸ José R. Martínez Cobo, "Estudio del problema de la discriminación de las poblaciones indígenas", vol. 5, *Conclusiones, propuestas y recomendaciones*, Nueva York, Naciones Unidas, 1987, E/CN.4/Sub.2/1986/7/Add.4 en el párr. 269 [Martínez Cobo, "Estudio"]. Cabe mencionar al respecto las palabras del Relator especial Martínez Cobo quien en su estudio nos recordaba que : "La libre determinación en sus múltiples formas es, consecuentemente, la condición previa fundamental para que las poblaciones indígenas puedan disfrutar de sus derechos fundamentales y determinar su futuro, a la vez que preservar, desarrollar y transmitir su especificidad étnica a las generaciones venideras". En opinión de la profesora española Soledad Torrecuadrada, el ejercicio del derecho a la libre determinación de los pueblos indígenas "se traduce en la posibilidad de establecer el sistema político aplicable a la comunidad en cuestión, elegir sus propias instituciones y regirse por sus normas ancestrales u otras más evolucionadas que ellos mismos decidan. Esto pone de relieve que la libre determinación es el origen del resto de los derechos reivindicados por los pueblos indígenas. Así se entiende la íntima relación entre la libre determinación y el derecho al desarrollo de la identidad cultural del grupo, que es una manifestación del principio anterior, ya que -el desarrollo de la identidad cultural del grupo- significa que la vida dentro de las tierras indígenas se produce de acuerdo con las normas ancestrales de la comunidad". José R. Martínez Cobo, *Los pueblos indígenas en el ordenamiento internacional*, Madrid, Dykinson S.L., 2001 en la p. 175.

iniciales sobre la cuestión⁵⁹, desde la aprobación de la *Resolución 2625*⁶⁰ en 1970, cuando se empezó a aceptar que todos los pueblos, no únicamente los pueblos coloniales, tenían derecho a decidir su futuro libre y responsablemente con la única limitación del respeto a la integridad territorial de los Estados siempre y cuando este último se condujera de conformidad con el principio de la igualdad de derechos y de la libre determinación de los pueblos y los gobiernos representasen activamente a la totalidad de las comunidades culturales que pertenecieran a ese territorio sin distinción de raza, religión, grupo étnico, credo o color.

De esta manera empezó a reconocerse internacionalmente que un Estado que violaba en forma grave sus obligaciones en relación con un pueblo o una comunidad diferenciados, dentro de sus fronteras, perdía su legitimidad de gobernarlos, por lo que si sucesivos gobiernos oprimían repetidamente y durante un largo período de tiempo a una comunidad, violaban los derechos humanos de sus miembros así como sus libertades fundamentales y no quedaba otra vía alternativa para la obtención de marcos de autogobierno, las comunidades sometidas podrían ejercer su derecho a la libre determinación del Estado, incluida, en este caso extremo, la secesión⁶¹, como vía para asegurar el respeto a la dignidad de sus componentes.

A su vez, esta resolución de gran trascendencia para el asunto que nos ocupa, junto al conocimiento del principio de igualdad de derechos y de autodeterminación para todos los pueblos, reconoció que existían diversas formas y modalidades de autodeterminación que se extendían más allá del derecho de secesión (reservado a los pueblos coloniales o a los pueblos sometidos a prácticas continuas, sistemáticas y especialmente graves de opresión). Estas nuevas formas y modalidades de ejercicio del derecho a la libre determinación especialmente interesantes para los pueblos que no se encontraban en las situaciones antes mencionadas (coloniales u sistemáticamente oprimidos), no entraban en conflicto con la soberanía territorial o la unidad política de un Estado⁶² y constituían una interpretación abierta y no absolutista del principio y derecho mencionado, en el sentido de que su ejercicio exigiera necesariamente una única posibilidad cerrada de alcanzar el máximo grado de soberanía vinculado a la secesión. La resolución abría así una puerta muy importante para una interpretación flexible de la autodeterminación que incidía en la fuerza esencial de ese principio sin encorsetarlo en un camino único y en un necesario ejercicio relacionado con la creación de Estados independientes.

De esta forma la *Resolución 2625* estipulaba :

El establecimiento de un Estado soberano e independiente, la libre asociación o la integración con un Estado independiente o la adquisición

⁵⁹ S. J. Anaya, "A Contemporary Definition of the International Norm of Self-Determination" (1993) 3 *Transnational Law and Contemporary Problems* y S. J. Anaya "Derechos Indígenas y Derecho Internacional" (1998) 1-2, *América Indígena*.

⁶⁰ *Resolución 2625*, *supra* nota 42.

⁶¹ No debemos olvidar que la secesión es la realización final (o máxima) de los aspectos externos del derecho de autodeterminación.

⁶² John B. Henriksen, "La implementación del derecho de autodeterminación de los pueblos indígenas" (2001) 3 *Asuntos Indígenas* 69 [Henriksen, "La implementación"].

de cualquier otra condición política libremente decidida por un pueblo constituyen formas del ejercicio del derecho de autodeterminación [...] Ninguna de las disposiciones de los párrafos precedentes se entenderá en el sentido de que autoriza o fomenta acción alguna encaminada a quebrantar o menoscabar, total o parcialmente, la integridad territorial de Estados soberanos e independientes que se conduzcan de conformidad con el principio de la igualdad de derechos y de la libre determinación de los pueblos.⁶³

Desde ahí en adelante empiezan a coexistir dos grandes formulaciones del principio de libre determinación. Una de ellas está vinculada al derecho de los pueblos coloniales a formar Estados independientes, muy definida, con unos perfiles bien clarificados y que cuenta con una práctica consolidada en las Naciones unidas, cuyos textos claramente hacen mención a la citada formulación. Por otro lado, existe una segunda –de la que vendrían a beneficiarse los pueblos indígenas– en formación, de vocación universal y no sólo restringida a los pueblos coloniales en cuanto a su titularidad, y que estaría asociada a la generación a nivel interno de marcos de autonomía en contextos democráticos para los pueblos, sociedades o grupos intraestatales⁶⁴ o subestatales⁶⁵ diferenciados que habitan al interior de los Estados⁶⁶ en los que puedan ejercer sus derechos históricos de carácter social, económico y cultural.

A partir de todo ello podemos referirnos a algunas primeras conclusiones de especial relevancia para la relación que estamos estableciendo entre libre determinación y pueblos indígenas.

1. De esta manera cabría situar que los pueblos indígenas en ningún momento han sido reconocidos por la comunidad internacional como pueblos coloniales y ni siquiera como pueblos sometidos a alguna forma de colonialismo interno, quedaría descartado cualquier intento por acceder, a la luz del derecho internacional vigente, positivo o consuetudinario, a la libre determinación por la vía de la secesión o la constitución de un Estado libre asociado tal y como se les reconoce a los pueblos coloniales.

⁶³ *Resolución 2625, supra* nota 42. Nótese la llamada de atención sobre la preservación de la integridad territorial de los Estados, no debemos olvidar que este es uno de los principios más fundamentales del derecho internacional. El reconocimiento de la libre determinación de los pueblos nunca puede contemplarse como una autorización incuestionable sobre prácticas de desmembración o debilitamiento de la unidad política de los Estados soberanos e independientes.

⁶⁴ Vid. Fernando M. Mariño, “Desarrollos recientes en la protección internacional de los derechos de las minorías y sus miembros” en *La protección internacional de las minorías*, Madrid, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 2001 en la p. 11.

⁶⁵ Mariño, “Naciones unidas”, *supra* nota 56 en la p. 25. Se trataría de: “Aquellos grupos humanos dotados ciertamente todos ellos de base territorial, que estiman propia, que pueden asumir formas de autodeterminación consistentes, no en la creación de un nuevo Estado soberano propio, sino en la adquisición y ejercicio de la autonomía interna, incluso de base territorial en grado más o menos profundo”.

⁶⁶ Paz Andrés, *supra* nota 56 en la p. 159. M^a Paz Andrés Sáenz de Santa María ha hecho mención a estas distintas formulaciones del derecho a la autodeterminación en uno de los trabajos más claros y sugerentes de los realizados por la doctrina española que antes citábamos.

2. Por otro lado, tampoco los pueblos indígenas, a pesar de sus denuncias insistentes al respecto, han sido reconocidos por la comunidad internacional, hasta la fecha, como pueblos, cuyos componentes hubieran sido sometidos por sucesivos gobiernos a prácticas relacionadas con la violación de sus derechos y libertades fundamentales y que una vez probadas otras vías para ejercer su libre determinación, vieran reconocido un cierto derecho de secesión⁶⁷.

3. El argumento manejado por las organizaciones indígenas en los años 70 y 80, relacionado con que sus pueblos eran entidades soberanas y naciones sometidas, no ha conllevado ningún tipo de consecuencia práctica. El argumento ha chocado con la estructura del sistema internacional, afianzado en que los Estados se reconocen entre ellos, la soberanía estatal excluye otras soberanías, y por ello la comunidad internacional hasta la fecha –tampoco parece que vaya a hacerlo en el futuro– no ha reconocido a los pueblos indígenas como entidades soberanas asimilables a los Estados, por más que representantes de éstos hayan adoptado a lo largo de la historia tratados con representantes de aquellos, sino como sujetos *sui generis* a los que les corresponderían un conjunto de derechos específicos⁶⁸ que obligarían a los Estados a acometer una serie de medidas de reparación por el tratamiento al que han sido sometidos históricamente.

4. Por todo ello parece que podemos descartar a la luz de los avances normativos en la materia, de la práctica consecuente y de las declaraciones internacionales de los Estados, que los pueblos indígenas vean reconocido su derecho a la libre determinación en su dimensión más amplia o externa, es decir la posibilidad de determinar su estatus internacional que incorpora en casos excepcionales la secesión de una parte del territorio, y la creación, si así lo manifiesta libremente la mayoría de los componentes de los pueblos coloniales o los pueblos sometidos, de un Estado independiente. Podemos mencionar, como prueba de esta falta de reconocimiento del derecho a la libre determinación en su dimensión más amplia o externa para los pueblos indígenas, la negativa a considerar a estas comunidades como entidades soberanas; las continuas reticencias expresadas por algunos Estados en torno al artículo de la *Declaración de las Naciones Unidas*, que reconoce su derecho a la libre determinación, a pesar incluso de que finalmente en el texto se recogió una limitación añadida relacionada con el principio de la integridad de los Estados⁶⁹; la mención específica a que los pueblos indígenas ejercen su derecho a la

⁶⁷ Y con ello no queremos decir que estos pueblos no hayan sido efectivamente sometidos a este tipo de prácticas de manera reiterada a lo largo de la historia (lo cual parece que es indudable), simplemente nos limitamos a aclarar que ello no ha venido acompañado de un reconocimiento internacional al respecto que conllevara la aceptación de los pueblos indígenas como pueblos que pudieran beneficiarse de un ejercicio de la libre determinación que, en última instancia, incluyera la secesión.

⁶⁸ Corn tassel y Hopkins, *supra* nota 57.

⁶⁹ *Declaración de las Naciones Unidas*, *supra* nota 17, art. 3. Como es conocido el artículo 3 recoge: “Los pueblos indígenas tienen derecho a la libre determinación. En virtud de ese derecho determinan libremente su condición política y persiguen libremente su desarrollo económico, social y cultural”. Finalmente al texto de la Declaración que fue aprobado inicialmente por el Consejo de derechos humanos, se le añadió el artículo 46 –concretamente nos referimos al numeral 1–, recogido en el texto aprobado por la Asamblea general. El artículo no deja lugar a dudas “Nada de lo contenido en la presente Declaración se interpretará en el sentido de que confiere a un Estado, pueblo, grupo o persona

libre determinación, al interior de los Estados en el *Texto consolidado de Declaración americana*⁷⁰, preparado por el presidente del Grupo de trabajo que sirve de base para las negociaciones en curso⁷¹, por supuesto el artículo 4 del mismo texto que es una versión del artículo 26 relativo a la integridad territorial del Estado en el *Proyecto original de Declaración americana*⁷² o el hecho de que el artículo de referencia aparezca –junto a otros muchos– entre corchetes en el documento que recoge los últimos avances del proceso de negociación⁷³. También cabe recordar la cancela jurídica, tantas veces mencionada por la doctrina especializada, que finalmente fue incorporada en el artículo 1.3 del *Convenio 169*⁷⁴ y en el artículo 1 del *Convenio constitutivo del Fondo para el desarrollo de los pueblos indígenas de América latina y el Caribe*⁷⁵. No debemos olvidar el intento persistente de muchos Estados por restringir el uso del término pueblos indígenas y sustituirlo por el de poblaciones, ante el temor acerca de que el primero de los términos podría tener

derecho alguno a participar en una actividad o realizar un acto contrarios a la Carta de las Naciones Unidas, ni se entenderá en el sentido de que autoriza o alienta acción alguna encaminada a quebrantar o menoscabar, total o parcialmente, la integridad territorial o la unidad política de los Estados soberanos e independientes”. Muchos son los Estados, que durante el proceso de negociación, subrayaron la necesidad de incluir enmiendas al artículo 3 que acabamos de recordar con el objetivo de asegurar la integridad territorial y la unidad política y constitucional, algo que al final ha acontecido. Algunas reticencias de las apuntadas durante el proceso de negociación pueden consultarse en Comisión de derechos humanos, *Informe del Grupo de trabajo sobre las poblaciones indígenas*, Doc. of. CES NU, 1994, Doc. NU E/CN.4/Sub.2/1994/30, párr. 53 (Chile), párr. 61 (Rusia), párr. 73 (Guatemala); Comisión de derechos humanos, *Informe del Grupo de trabajo sobre las poblaciones indígenas*, Doc. of. CES NU, 1999, Doc. NU E/CN.4/2000/84, párr. 49 (Estados Unidos), párr. 50 (Canadá), párr. 62 (Australia), párr. 63 (Argentina), párr. 78 (Nueva Zelanda), párr. 80 (Venezuela); Comisión de derechos humanos, *Informe del Grupo de trabajo sobre las poblaciones indígenas*, Doc. of. CES NU, 2000, Doc. NU E/CN.4/2000/WG.15/CRP.1, párr. 54 (México), párr. 72 (Australia) entre muchos otros.

⁷⁰ *Texto consolidado de Declaración americana*, supra nota 17, art. 20.1.

⁷¹ Cabe recordar que, durante la octava reunión de negociaciones celebrada hace ya años, para este artículo se presentaron hasta diez propuestas, incluyendo la propuesta del cónclave de los pueblos indígenas. *Registro actual de Declaración americana*, supra nota 17.

⁷² *Proyecto original de Declaración americana*, supra nota 17, art. 26. En efecto el artículo originario dispone: “Nada en la presente Declaración implica o puede ser interpretado como permitiendo cualquier actividad contraria a los propósitos y principios de la OEA, incluyendo la igualdad soberana, integridad territorial y la independencia política de los Estados”. El *Texto consolidado de Declaración americana*, supra nota 17 es más completo: “Nada en esta Declaración se entenderá en el sentido de que autoriza o fomenta acción alguna encaminada a quebrantar o menoscabar, total o parcialmente, la integridad territorial, la soberanía y la independencia política de los Estados, ni otros principios contenidos en la Carta de la OEA”.

⁷³ *Registro actual de Declaración americana*, supra nota 17, art. 3. Está similar a la *Declaración de las Naciones Unidas*, supra nota 17, art. 3 y se han sucedido diferentes propuestas sin que haya sido por el momento consensuado.

⁷⁴ *Convenio 169*, supra nota 17, art. 1.3. “La utilización del término “pueblos” en este Convenio no deberá interpretarse en el sentido de que tenga implicación alguna en lo que atañe a los derechos que pueda conferirse a dicho término en el derecho internacional.”

⁷⁵ *Convenio constitutivo del Fondo para el desarrollo de los pueblos indígenas de América latina y el Caribe*, 24 de julio de 1992, 1728 R.T.N.U. 353, art 1 (entró en vigor: 4 de agosto de 1993) [*Convenio constitutivo del Fondo indígena*].

implicaciones respecto a los derechos de autodeterminación externa o secesión⁷⁶ o la aclaración al interior de los ordenamientos internos, particularmente en algunas constituciones latinoamericanas, de que el reconocimiento de la personalidad e identidad diferenciada de estas comunidades etnoculturales como pueblos indígenas no debería conllevar en ningún momento el reconocimiento de derechos reconocidos por el derecho internacional a los pueblos en general.

Todo ello constituye una práctica de los Estados, plenamente consolidada, que nos permite reforzar los argumentos que exponíamos anteriormente : los pueblos indígenas no ven reconocido por el derecho internacional su derecho de libre determinación en su dimensión más amplia o externa. Nos encontramos por lo tanto ante una contradicción de base, se reconoce a los pueblos indígenas una libre determinación sometida a límites⁷⁷. Esto aún pareciendo paradójico es indiscutible si analizamos los textos jurídico-internacionales y la práctica de los Estados.

5. Ahora bien, concluir que los pueblos indígenas no ven reconocido internacionalmente el derecho de libre determinación en su dimensión más amplia incluido el derecho a la secesión, no significa que estas comunidades etnoculturales diferenciadas no puedan acceder al ejercicio del citado derecho, a partir de alguna de las formulas alternativas incorporadas implícitamente en la *Resolución 2625* que anteriormente hemos mencionado tal y como ha señalado entre otros, James Anaya. De hecho, en opinión del profesor Fernando Mariño, la autodeterminación como

⁷⁶ Las manifestaciones públicas al respecto son constantes por parte de los delegados gubernamentales en los foros internacionales de las Naciones Unidas, el Fondo indígena y la OEA. Hemos sido testigo de muchas de estas manifestaciones.

⁷⁷ Muchos son los Estados que opinan que no debe considerarse a los pueblos indígenas titulares del derecho a la libre determinación en el sentido de los artículos primeros del *PIDCP* y del *PIDESC*, y que el uso de dicho término no implica que las poblaciones –como en ocasiones insisten en denominarlos- o los pueblos indígenas tengan derecho a ejercer ese derecho en su dimensión más amplia. Todo ello ha provocado las protestas de los delegados indígenas en los procesos de negociación quienes consideran discriminatorio el hecho de que se les reconozca una versión disminuida, limitada, menor y devaluada del derecho a la libre determinación y aunque la mayoría de los delegados indígenas han asumido que el derecho a la autodeterminación debería ser ejercido por sus comunidades en su vertiente interna, no han faltado aquellos otros delegados que manifiestamente se han pronunciado en favor de la autodeterminación externa y la posibilidad de que sus comunidades desarrollasen en el futuro prácticas abiertamente secesionistas (hemos sido testigo de ello en varios de los foros internacionales a los que hemos asistido) que conllevaran apartarse colectivamente de aquellas entidades políticas (los Estados) que les fueron impuestas sin su pleno y libre consentimiento y la generación de un estatus político separado de los Estados existentes. Al respecto cabe recordar la precipitada conclusión de Remiro Brontons cuando señala “ningún representante de grupos indígenas ha reivindicado, al menos hasta ahora, un derecho de separación del Estado. Todo lo contrario, han entendido que la libre determinación de los indígenas asume su vertiente interna, que se concreta en el autogobierno (con una doble expresión, territorial y personal) dentro del Estado cuya integridad territorial ha de ser respetada”. Soledad Torrecuadrada García-Lozano, *Los pueblos indígenas en el orden internacional*, Madrid, Dykinson, 2001 en la p. 11 [García-Lozano]. Al vernos obligados a enmendar a Remiro Brotons, hemos de señalar que si bien no la mayoría, lo cierto es que algunos pueblos indígenas vienen reivindicando su derecho a la secesión, a diferencia de lo que tajantemente afirma el profesor. Entre los pueblos indígenas que han asumido un discurso secesionista podemos citar a los pueblos indígenas del Oeste de Papua Nueva Guinea que quieren unirse a los pueblos de las Islas Salomón, los indígenas de Malucas, bajo control de Indonesia, los Jumma de Bangladesh, los Karen en Birmania o los Kanaka Maoli en Hawaii (Estados Unidos), entre otros.

“autonomía interna está ya contemplada como un horizonte de legítimas reivindicaciones por parte de los pueblos indígenas, sobre la base del Derecho Internacional”⁷⁸.

En esa línea se expresó -según nos recuerda el propio Anaya- hace ya tiempo, la Corte interamericana de derechos humanos en el caso referido a los indios Miskito de Nicaragua, cuando valoró las demandas de autonomía de estos pueblos y mencionó, en clara referencia a la secesión, que los indígenas no eran beneficiarios del derecho a la libre determinación, tal y como ese derecho había sido comprendido en la era de la descolonización, pero que, sin embargo, la Comisión entendió que sus justas reclamaciones vinculadas a la preservación de sus culturas requerían un orden político reconstituido y renovado al interior de la nación y con ello afirmó que “la noción de integridad cultural, al igual que la libertad y la igualdad, estaba ligada, para los pueblos indígenas, al principio de la autodeterminación”⁷⁹ combinando la exigencia de que los individuos indígenas participaran plenamente en los sistemas políticos internos al tiempo que sus agrupaciones culturales debían ser conocidas y valorizadas, implementándose un orden institucional de gobierno que permitiera un desarrollo autónomo y libre de estas comunidades a partir de lo mejor de sus tradiciones⁸⁰.

Con ello, la Corte estaba haciendo referencia precisamente a una modalidad concreta de la libre determinación de los pueblos indígenas, que preservando la unidad y la integridad del Estado, podría, sin embargo, generar un nuevo marco renovado, institucional, jurídico y político caracterizado por la creación de contextos de autogobierno y autonomía al interior de las naciones de los pueblos indígenas que asegurasen para los grupos indígenas y para sus componentes condiciones de libertad y dignidad humana.

Este derecho a la autodeterminación de los pueblos indígenas estaría llamado a preservar, desde la generación de un renovado orden institucional y marcos de autogobierno, por un lado, y la integridad territorial de los Estados, de otro, la posibilidad, de acuerdo a su libre voluntad, de mantener su existencia colectiva como comunidades etnoculturales distintivas y desarrollarse como tales en todas las esferas de la vida desde su propia especificidad⁸¹, lo que indudablemente une ese principio, el de la libre determinación, con las especificidades expuestas el principio que está tomando forma en el derecho internacional y que está vinculado a la preservación de la diversidad cultural, representada en gran medida por los pueblos indígenas.

Las negociaciones internacionales y la práctica de los Estados han reforzado ese reconocimiento del derecho a la libre determinación de ejercicio específico, limitado o restringido para los indígenas por el derecho internacional. Somos

⁷⁸ Mariño, “Naciones unidas”, *supra* nota 56 en la p. 41.

⁷⁹ Anaya, “Derechos indígenas”, *supra* nota 51 en la p. 30.

⁸⁰ También se hace eco de este caso en su reciente obra Anaya, “Los pueblos”, *supra* nota 41.

⁸¹ Comisión interamericana de derechos humanos, *Informe sobre la situación de los derechos humanos de un sector de la población nicaragüense de origen Miskito* (1983), OEA/Ser.L/V/II.62/doc.10 rev. 3.

plenamente consciente de los problemas que encierra esta construcción⁸². Valga como muestra de este reconocimiento limitado muchos de los artículos que incorpora el *Convenio 169*⁸³ que recogen disposiciones que garantizan el respeto por las instituciones indígenas⁸⁴, los artículos 4 y 5 de la *Declaración de las Naciones Unidas*⁸⁵ –mucho menos polémicos que el tercero– y lo recogido en el *Proyecto original de Declaración americana*⁸⁶ y en el *Texto consolidado de Declaración americana*⁸⁷ que actualmente sirve para el desarrollo de las negociaciones sobre los que a continuación volveremos.

Por último no deberíamos olvidar que, a nivel interno, muchos ordenamientos han reconocido o muchos gobiernos han aceptado en la práctica, no sólo en América⁸⁸, el derecho a la autodeterminación de los pueblos indígenas, desde el principio inviolable de la integridad territorial, lo que ha venido acompañado en ocasiones de la adopción de estatutos de autonomía y de la implementación de marcos de autogobierno indígena al interior de los países. Sirven como ejemplos el caso del gobierno autónomo de Groenlandia, las regiones autónomas⁸⁹ indígenas de la Costa atlántica de Nicaragua, quizás los resguardos de Colombia⁹⁰, la Comarca kuna de

⁸² Marcelo Gustavo Kohen, “La libre determinación de los pueblos y su relación con el territorio” en Z. Darmas de Clement y M. Lerner, eds., *Estudios de derecho internacional en homenaje al Profesor Ernesto J. Rey Caro*, Córdoba, Lerner, 2002, 859 en la p. 865. Al respecto citamos las sugerentes palabras de M. G. Kohen, a cuyas cuestiones implícitas reconocemos que no encontramos solución en el caso de la relación autodeterminación / pueblos indígenas : “Sería mitificador –y un contrasentido–, afirmar que ciertas poblaciones son pueblos pero no disponen del derecho de libre determinación, o que algunos pueblos son titulares de la libre determinación interna pero no externa. O, en lo que constituye otra manera de decir lo mismo, que como la independencia no es sino una de las opciones abiertas por la libre determinación, puede reconocérsele a ciertas poblaciones un derecho de libre determinación limitado, sin ir más allá de un cierto grado de autonomía al interior de un Estado. Puede tratarse cuanto más de otro derecho, pero no de la libre determinación cuya característica esencial es precisamente la libre elección del estatuto político interno e internacional”.

⁸³ *Convenio 169*, *supra* nota 17.

⁸⁴ Así lo han puesto de manifiesto Rouland, Pierré-Caps y Poumarè, *supra* nota 54 en la p. 410.

⁸⁵ *Declaración de las Naciones Unidas*, *supra* nota 17, art. 4-5.

⁸⁶ *Proyecto original de Declaración americana*, *supra* nota 17, art. 15.

⁸⁷ *Texto consolidado de Declaración americana*, *supra* nota 17, art. 20.

⁸⁸ *Ley de derechos de los pueblos indígenas de la República de Filipinas*, Official gazette of the Philippines, 1997, n° 8371. Al respecto sirva de referente en el contexto asiático –en el que no nos centraremos en este trabajo– la *Ley de derechos de los pueblos indígenas de la República de Filipinas*, en cuya sección 13 se recoge : “El Estado reconoce el derecho inherente de las Comunidades Culturales Indígenas / Pueblos Indígenas de autogobierno y autodeterminación y respeta la integridad de sus valores, prácticas e instituciones. Consecuentemente, el Estado garantizará su derecho a procurar libremente su desarrollo económico, social y cultural”.

⁸⁹ Héctor Díaz-Polanco, *Autonomía regional: la autodeterminación de los pueblos indios*, 2ª ed., México, Siglo XXI, 1996 en la p. 205 [Díaz-Polanco]. Cabe recordar la definición de autonomía que nos proporciona Héctor Díaz Polanco, “el sistema de autonomía se refiere a un régimen especial que configura un gobierno propio (autogobierno) para ciertas comunidades integrantes (de un Estado o de una nación), las cuales escogen así autoridades que son parte de la colectividad, ejercen competencias legalmente atribuidas y tienen facultades mínimas para legislar acerca de sus vida interna y para la administración de sus asuntos. La enorme variedad de situaciones posibles, en función de las características económicas, políticas, sociales, culturales, forjadas históricamente, hacen imposible una definición menos general”.

⁹⁰ *Constitución política de Colombia*, 1991, art. 287 y 330. Debemos mencionar que la Constitución colombiana definió a los “territorios indígenas” como parte de la organización del Estado. Según el

Panamá⁹¹ o el gobierno autónomo de la región de Nunavut en Canadá⁹², que constituyen una muestra de cómo a partir de la adopción de diferentes acuerdos políticos, los reconocimientos jurídicos y la implementación de los marcos institucionales adecuados, en lo que constituye una clara práctica de los Estados al respecto, los pueblos indígenas de varios países están ejerciendo su derecho a la libre determinación, tal y como viene siendo reconocido por el derecho internacional en la actualidad⁹³.

En conclusión nos debemos situar en el marco de la evolución del derecho a la libre determinación (que se ha despegado del contexto colonial) y de la propia evolución del principio de soberanía estatal (un principio que como señalábamos en la actualidad se acomoda a la protección de los derechos humanos, la necesaria reforma

artículo 287 : “Las entidades territoriales gozan de autonomía para la gestión de sus intereses y, dentro de los límites de la Constitución y la ley. En tal virtud tendrán los siguientes derechos: 1.) Gobernarse por autoridades propias. 2.) Ejercer las competencias que les correspondan. 3.) Administrar los recursos y establecer los tributos necesarios para el cumplimiento de sus funciones. 4.) Participar en las rentas nacionales.” A su vez, en el artículo 330, se plantea que “los territorios indígenas estarán gobernados por consejos conformados y reglamentados según los usos y costumbres de sus comunidades”. Estos consejos ejercen amplias funciones en la aplicación de las normas sobre uso del suelo y poblamiento, el diseño de las políticas, planes y programas de desarrollo socioeconómico dentro de su territorio, la promoción de inversiones públicas y la vigilancia de su ejecución, la obtención de fondos y su distribución, la preservación de los recursos naturales, etc.

⁹¹ Tras diversos enfrentamientos desarrollados en 1925 entre los indígenas kuna de Panamá y fuerzas militares luego de intensas y largas negociaciones en 1932, el gobierno nacional, reconoció el territorio kuna, bajo el nombre de San Blas, que en 1998 pasó a denominarse oficialmente Comarca kuna yala. El territorio kuna sigue siendo parte de Panamá pero cuenta con un alto grado de autonomía. Cada pueblo tiene sus autoridades dentro del Congreso Local en que se discuten distintos asuntos relacionados con la vida social, económica, política y espiritual del pueblo. A su vez, los congresos locales están unidos en el Congreso General Kuna, que es el organismo máximo de decisión, que suele reunirse cada seis meses. Si bien el territorio Kuna está gobernado por sus autoridades tradicionales, al contar con importantes reservas minerales y un enorme atractivo turístico, las presiones sobre el gobierno autónomo son constantes. Vid. Jens Dahl y Alejandro Parellada, eds., *Pueblos Indígenas*, Copenhague, Grupo internacional de trabajo sobre asuntos indígenas (IWGIA), 2000 en la p. 53. Cabe también mencionar en Panamá, *Ley 22 por la cual se crea la comarca embera de daríen*, 1983, territorio en el que se asientan los indígenas emberá-waunana.

⁹² Sobre la autonomía indígena de Nunavut se ha consultado Jens Dahl, Jack Hicks y Peter Jull, eds., *Nunavut - Inuit Regain Control of their Lands and their Lives*, Copenhague, documento de trabajo n° 102 de IWGIA, 2000; Peter Jull, *An Aboriginal Northern Territory: Creating Canada's Nunavut*, Darwin, Unidad investigadora sobre el norte de Australia de la Universidad nacional australiana, 1992; Peter Jull, “Reconciliation and Northern Territories, Canadian-Style: The Nunavut Process and Product” (1999) 4: 20 *Indigenous Law Bulletin*, 4-7; Marion Soublière y Greg Coleman, eds., *Nunavut '99: Changing the Map of Canada*, Iqaluit, Nortext Multimedia y Nunavut Tunngavik, 1999. También en la página web oficial del gobierno de Nunavut pueden encontrarse noticias actualizadas de interés (<<http://www.gov.nu.ca>>).

⁹³ Daes ha puesto de manifiesto que el derecho a la libre determinación de los pueblos indígenas conlleva el derecho a poder negociar con los Estados su condición jurídica y social y sus formas particulares de representación y que llegado el caso los gobiernos deberán atender estos reclamos implementando reformas constitucionales e institucionales encaminadas a la generación de un poder compartido y democrático al interior de los países. De esta manera, Estados y pueblos indígenas, en el marco del ejercicio de la libre determinación de estos últimos, deberían asumir un compromiso de entendimiento y reconocimiento recíproco. Erica-Irène A. Daes, *Nota sobre los criterios que podrían aplicarse al examinar el concepto de pueblos indígenas*, Doc. of. CES NU, 1995, Doc. NU E/CN.4/Sub.2 /AC.4/1995/3 en los párr. 25-26.

democrática y la generación de instituciones políticas plurales que favorezcan el desarrollo libre y autónomo de las comunidades etnoculturales diferenciadas) para explicar cómo aquel derecho de libre determinación está siendo reconocido, dentro de un proceso general de reconocimiento de derechos específicos limitados a los pueblos indígenas, en un marco global de valoración de la diversidad cultural por ellos representada.

De esta manera hablamos de la autodeterminación de los pueblos indígenas en el contexto de una readaptación y una reformulación a las nuevas realidades y necesidades internacionales del principio de libre determinación que lo relacionan, no ya sólo con la creación de un Estado independiente o un Estado libre asociado, sino sobre todo con la obligación de los Estados de generar al interior de sus fronteras marcos de participación democrática que favorezcan la libre decisión y garanticen el libre desenvolvimiento de las sociedades que conviven en sus países, entre ellas los pueblos indígenas, siempre desde su propia realidad social específica y culturalmente particularizada. Nos encontramos por lo tanto ante una reconceptualización de la libre determinación en el derecho internacional que en el caso de los pueblos indígenas en gran medida está relacionada con la implementación de estructuras autónomas al interior de los Estados, la protección de la diversidad cultural por ellos representada y una serie de medidas reparatorias que aseguren los derechos culturales, económicos y políticos de estas comunidades etnoculturales diferenciadas y ofrezcan la posibilidad de que los pueblos indígenas encaren su desarrollo desde sus características distintivas respetando siempre la integridad territorial, política y constitucional de los Estados en los que se asientan.

Ahora bien, como ya reconoció en su momento el Relator especial Martínez Cobo, el derecho a la libre determinación de los pueblos indígenas nos remite a un marco multidimensional, pues en efecto “[e]l derecho a la libre determinación se plantea a diversos niveles e incluye factores económicos, sociales y culturales, además de políticos”⁹⁴. Hablamos por lo tanto de las diferentes dimensiones del derecho a la libre determinación de los pueblos indígenas que nos remitirían a un conjunto de derechos colectivos síntesis a los que anteriormente hicimos referencia y sobre los que a partir de aquí, nos centramos en el presente trabajo.

2. EL DERECHO AL AUTOGOBIERNO

La dimensión más clara del derecho a la libre determinación de los pueblos indígenas parece estar relacionada precisamente con el autogobierno y la autonomía que deben ser considerados como principios emergentes del derecho consuetudinario internacional en materia de pueblos indígenas y implican la prerrogativa política necesaria para la generación de representaciones democráticas en la organización política y administrativa de los Estados de los diferentes pueblos indígenas que habitan al interior de los países. El autogobierno supone la posibilidad de que los pueblos indígenas puedan desarrollar el ejercicio de poderes adecuados y autónomos

⁹⁴ Martínez Cobo, “Estudio”, *supra* nota 58.

dentro de sus territorios tradicionales como requisito previo y esencial para el desarrollo y mantenimiento de sus culturas y como condiciones de posibilidad para la supervivencia étnica como pueblos diferenciados. El autogobierno indígena se erige a partir de las nuevas dinámicas que se están desarrollando a nivel interno en algunos contextos y que vienen a suponer una redefinición político-jurídica de las relaciones entre los gobiernos nacionales y los pueblos indígenas en el marco del reconocimiento de la realidad plurinacional y pluricultural de los Estados, lo que constituye, más allá de los diferentes grados de profundización de las reformas, una clara práctica internacional vinculada al reconocimiento de la dimensión política del derecho a la libre determinación de los pueblos indígenas⁹⁵ y una apuesta por asegurar autonomías indígenas capaces de gestionar la diversidad cultural representada por los pueblos de referencia⁹⁶.

En todo ello, las luchas nacionales de los grupos étnicos que han asumido la autonomía, el autogobierno y el reconocimiento formal y legal de sus instituciones por parte de los gobiernos, como demanda central, han jugado un papel primordial sin el cual no podríamos entender las nuevas dinámicas que se han generado al interior de los países y que están obteniendo un respaldo jurídico en la comunidad internacional⁹⁷. Bien es cierto que, como se nos ha recordado, las reivindicaciones y experiencias de autogobierno y autonomía indígena han sido una constante en la historia⁹⁸.

Como bien ha señalado Anaya :

El autogobierno es la dimensión política de la autodeterminación, tal y como la conocemos. Los elementos esenciales de una norma en desarrollo sobre un autogobierno *sui generis* en el contexto de los pueblos indígenas se basa en la coyuntura de preceptos ampliamente aceptados sobre la integridad cultural y la democracia, en los que se incluyen preceptos sobre el gobierno local. La norma mantiene la autonomía local gubernamental o administrativa para las comunidades indígenas de acuerdo con sus modelos

⁹⁵ Henriksen, “La implementación”, *supra* nota 62 en las pp. 15-16.

⁹⁶ Vid. Con carácter general, para el caso latinoamericano, Leo Gabriel y Gilberto López Rivas, eds., *Autonomías indígenas en América latina : Nuevas formas de convivencia política*, México, Valdés, 2005.

⁹⁷ Para un estudio de estos movimientos en favor de la autonomía acontecidos en algunos países latinoamericanos puede consultarse Díaz-Polanco, *supra* nota 89 en las pp. 111-120.

⁹⁸ Francisco López Bárcenas, “Autonomías indígenas en América : De la demanda de reconocimiento a su construcción” en *Programa de las Américas. Reporte Especial*, Washington, Center for International Policy, 2008, 1 [Bárcenas]. Como nos recuerda : “No es que antes no existiera, al contrario, desde la época de la conquista –española en unos casos, portuguesa en otros- hasta la consolidación de los estados nacionales, desde las rebeliones de Lautaro en tierras mapuches, Tupac Amaru, Tupac Katari y Bartolina Sisa, en tierras andinas, hasta las de Jacinto Canek en tierras mayas contra el poder colonial; pasando por las de el Willka Pablo Zarate en Bolivia, o las de Tetabiate y Juan Banderas entre los pueblos yaquis de México, durante la época republicana, o las de Emiliano Zapata en México y Manuel Quintín Lame en Colombia, durante el siglo XX, hasta la rebelión del Ejército Zapatista de Liberación Nacional, también en tierras mayas, a finales del siglo XX y principios del siglo XXI, las luchas de resistencia y *emancipación* de los pueblos indígenas han estado permeadas por las reivindicaciones autonómicas”.

históricos, políticos o culturales, mientras que, a su vez, defienden su participación efectiva en todas las decisiones que les afecten y que son tomadas por las instituciones estatales del Gobierno.⁹⁹

Ciertamente, el autogobierno o el gobierno autónomo no tiene una construcción cerrada en el derecho internacional, en todo caso deberá limitarse su alcance y su contenido en cada circunstancia particular dependiendo de la coyuntura concreta y de las aspiraciones de los pueblos indígenas en cuestión. Por ello el derecho a la autonomía y al autogobierno como dimensión política del derecho a la libre determinación de los pueblos indígenas debería ser considerado como un “derecho procesal” o mejor dicho, un “derecho en proceso”, en vez de un derecho que nos remita a un resultado conformado de antemano. Un derecho cuyo ejercicio debe ser definido a través de un proceso de diálogo en el que los pueblos indígenas participen en igualdad de condiciones¹⁰⁰.

Siguiendo a Héctor Díaz-Polanco, en un trabajo de carácter general, que pese a sus críticos nos parece que sigue siendo vigente :

[C]arece de sentido la fijación de unas características singulares que necesariamente sean comunes a cualquier régimen de autonomía, con absoluta independencia de las condiciones socioculturales, económicas y políticas en que tal régimen tiene lugar. Los rasgos específicos de la autonomía estarán determinados, de una parte, por la naturaleza histórica de la colectividad que la ejercerá, en tanto ésta será el sujeto social que, con su acción, a fin de cuentas la convertirá en realidad histórica y le dará vida cotidiana y, de otra, por el carácter sociopolítico del régimen estatal-nacional en que cobrará existencia institucional y práctica, por cuanto la profundidad de las conquistas, las facultades asignadas y, en suma, el grado de autogobierno reconocido, en su despliegue concreto dependerán en gran medida de la orientación política y el sistema democrático vigentes [...] Así las cosas, no es posible definir a priori un conjunto de elementos o formas de funcionamiento que constituya el contenido necesario del régimen de autonomía en toda circunstancia, y a partir del cual se pueda definir su carácter auténtico o adecuado. En último análisis, esta calidad sólo se podrá establecer por la medida en que el sistema adoptado satisfaga las aspiraciones históricas del grupo correspondiente y le facilite el pleno desarrollo de su vida sociocultural.¹⁰¹

De esta manera los regímenes de autogobierno de los que se benefician los pueblos indígenas y que encuentran un respaldo jurídico en el derecho internacional son sumamente variados y podemos detectar diferentes grados de autonomía en los casos ya citados de los indígenas Kuna de Panamá, costa atlántica de Nicaragua, Groenlandia, Resguardos colombianos, Nunavut, autonomías indígenas en Bolivia

⁹⁹ Anaya, “Los derechos”, *supra* nota 40 en las pp. 718-719.

¹⁰⁰ Henriksen, “La implementación”, *supra* nota 62 en la p. 14.

¹⁰¹ Díaz-Polanco, *supra* nota 89 en las pp. 151-152.

(pendientes de implementación) y otros, así como algunos reconocimientos constitucionales en torno al derecho de los pueblos indígenas a la autodeterminación interna¹⁰². Como nos recuerda Francisco López Bárcenas además de estas autonomías aceptadas por los Estados existen otras experiencias autonómicas no reconocidas pero existentes de facto en algunas partes de América Latina¹⁰³. Cada sistema autonómico indígena debe ser evaluado en términos de aquellas condiciones históricas de las que resulta y a las que, al mismo tiempo, quiere dar respuestas¹⁰⁴.

Ahora bien, reconocer esta realidad histórica, procesal y en todo caso coyuntural del derecho al autogobierno de los pueblos indígenas, no significa negar que éste reúne una serie de contenidos mínimos y generales que están siendo incorporados en los instrumentos de referencia a nivel internacional. De esta manera el derecho al autogobierno conllevaría la posibilidad de que los pueblos indígenas, si así lo deciden, conserven y refuercen sus propias instituciones políticas, jurídicas, económicas, sociales y culturales, manteniendo a la vez sus derechos a participar plenamente, si lo desean, en la vida política, económica, social y cultural del Estado¹⁰⁵. También el autogobierno incluiría el derecho a participar en la adopción de decisiones en las cuestiones que afecten a sus derechos, por conducto de representantes elegidos por ellos de conformidad con sus propios procedimientos, así como a mantener y desarrollar sus propias instituciones de adopción de decisiones¹⁰⁶. Por supuesto el autogobierno incluiría “el derecho a mantener y desarrollar sus sistemas o instituciones políticos, económicos y sociales, a que se les asegure el disfrute de sus propios medios de subsistencia y desarrollo y a dedicarse libremente a todas sus actividades económicas tradicionales y de otro tipo”¹⁰⁷.

A su vez, cabría recordar el ya citado *Texto consolidado de Declaración americana* que sirvió de base para la negociación de la Declaración de la OEA :

Los pueblos indígenas, en el ejercicio del derecho a la libre determinación al interior de los Estados, tienen derecho a la autonomía o autogobierno en lo relativo a, entre otros, cultura, lenguaje, espiritualidad, educación, información, medios de comunicación, salud, vivienda, empleo, bienestar social, mantenimiento de la seguridad comunitaria, relaciones de familia, actividades económicas, administración de tierras y recursos, medio

¹⁰² Al respecto cabe citar la *Constitución política de la República de Nicaragua*, 1987, art. 181 y el *Estatuto de autonomía de las regiones de la Costa atlántica* (aprobado el 7 de septiembre de 1987) que reconocen el derecho de las comunidades miskitas, sumus y ramas a la autonomía y al territorio, respetando la integridad territorial del Estado; la *Constitución política de Colombia*, 1991, art. 287, 329-330; *Ley de desarrollo autónomo de los pueblos indígenas de Costa Rica*, 1998, art. 1; *Constitución de la República de Paraguay*, 1992, art. 63; *Constitución política del Perú*, 1993, art. 89; y por supuesto la reciente *Constitución política del Estado de Bolivia*, 2009, art. 289-296.

¹⁰³ Se refiere, entre otros ejemplos de Bolivia o Colombia, a los Caracoles (municipios autónomos) zapatistas en Chiapas y a las experiencias autonomistas del Estado de Guerrero (ambas en México). Bárcenas, *supra* nota 98 en la p. 4.

¹⁰⁴ Díaz-Polanco, *supra* nota 89 en las pp. 151-152.

¹⁰⁵ *Declaración de las Naciones Unidas*, *supra* nota 17, art. 5.

¹⁰⁶ *Ibid.*, art. 18.

¹⁰⁷ *Ibid.*, art. 20.

ambiente e ingreso de no-miembros; así como a determinar los medios y formas para financiar estas funciones autónomas.¹⁰⁸

En su numeral 2, el mismo artículo se dispone :

Los pueblos indígenas tienen el derecho de participar sin discriminación, si así lo deciden, en la toma de decisiones, a todos los niveles, con relación a asuntos que puedan afectar sus derechos, vidas y destino. Ello podrán hacerlo directamente o a través de representantes elegidos por ellos de acuerdo a sus propios procedimientos. Tendrán también el derecho a mantener y desarrollar sus propias instituciones indígenas de decisión; y a igualdad de oportunidades para acceder y participar en todas las instituciones y foros nacionales.¹⁰⁹

Como refuerzo indirecto a este tipo de disposiciones y consolidación de la norma internacional de la autonomía política indígena, cabe también mencionar la sentencia sobre el caso de la *Agrupación Indígena Yatama contra Nicaragua*¹¹⁰ en la que la Corte interamericana de derechos humanos reconoció derechos políticos específicos a los pueblos indígenas y condenó al Estado nicaragüense por violar las garantías judiciales y el derecho de igualdad ante la ley recogidos en la *Convención americana*, obligar a convertirse en partido político a la agrupación indígena referida y no respetar sus formas tradicionales de organización.

Ahora bien, el derecho a la autonomía no es un derecho absoluto sino que es un derecho que tiene una serie de limitaciones. Estas limitaciones están relacionadas con que, en todo caso, los pueblos indígenas pueden conservar sus costumbres e instituciones propias, siempre que no sean incompatibles con los derechos fundamentales definidos por el sistema jurídico nacional ni con los derechos humanos internacionalmente reconocidos¹¹¹ y por supuesto la aceptación de que el autogobierno indígena, en tanto que colectividad política autónoma, se constituye como parte del Estado nacional correspondiente. Las autonomías indígenas reconocidas por el derecho internacional no estarían llamadas únicamente a satisfacer

¹⁰⁸ *Texto consolidado de Declaración americana*, supra nota 17, art. 20.1. El *Proyecto original de Declaración americana*, art. 15.1 recogía algo muy parecido : “Los pueblos indígenas tienen derecho a determinar libremente su status político y promover libremente su desarrollo económico, social, espiritual y cultural, y consecuentemente tienen derecho a la autonomía o autogobierno en lo relativo a, inter alia, cultura, religión, educación, información, medios de comunicación, salud, habitación, empleo, bienestar social, actividades económicas, administración de tierras y recursos, medio ambiente e ingreso de no-miembros; así como a determinar los recursos y medios para financiar estas funciones autónomas.”

¹⁰⁹ *Proyecto original de Declaración americana*, supra nota 17, art. 15.2. Actualmente muchas de estas disposiciones se encuentran entre concretos y paréntesis en el documento que recoge el estado actual de procesos de negociación Vid. *Registro actual de Declaración americana*, supra nota 17.

¹¹⁰ *Caso Yatama (Nicaragua)* (2005), Inter-Am. Ct. H.R. (Ser. C) n° 127 [*Yatama (Nicaragua)*].

¹¹¹ *Convenio 169*, supra nota 17, art. 8.2. Cabe recordar que si bien el *Convenio 169* de la OIT no establece de manera explícita el derecho al autogobierno, si lo presupone al señalar desde su inicio, en el preámbulo, la necesidad de que los pueblos indígenas controlen sus instituciones propias dentro del marco del Estado en que viven. Vid. Magdalena Gómez, “El derecho indígena frente al espejo de América latina” (1998) 26 *Revista del IIDH* 47 en la p. 64.

los intereses y aspiraciones de las comunidades indígenas sino que paralelamente, en coordinación continua, deberían asegurar una adecuada integración sociopolítica de la nación en su conjunto desde el reconocimiento de la pluralidad de las mismas. Desde esta perspectiva deberíamos señalar que la autonomía de los pueblos indígenas, tal y como viene siendo delimitada en el derecho internacional, no debe expresar la contradicción o la incompatibilidad entre los intereses de estas comunidades y los de la sociedad nacional, sino que ha de implementarse con el objetivo de conformar prácticas de complementariedad y refuerzo¹¹² entre la sociedad indígena y las sociedades no indígenas, en contextos democráticos caracterizados por el reconocimiento del valor de la diversidad cultural.

3. EL DERECHO AL AUTODESAROLLO

Los pueblos indígenas, a lo largo de la historia, han sido víctimas de la imposición de modelos de desarrollo ajenos a su cultura y a su identidad diferenciada. Estos modelos manejaban una concepción unidireccional del desarrollo, es decir un desarrollo enfocado únicamente en el objetivo de occidentalizar a las comunidades indígenas y de hacer desaparecer todas las formas de organización premodernas y culturas tradicionales, consideradas como un freno para el desarrollo y la modernización. El objetivo era, en la mayoría de los casos, dar paso al capitalismo privado o multinacional. A su vez, el desarrollo era contemplado como unidimensional, es decir limitado al economicismo desarrollista que minusvaloraba la multidimensionalidad social, cultural, económica y política del desarrollo. Un progreso que venía definido desde fuera de la comunidad, del que los pueblos indígenas eran meros objetos, sobre cuyas estrategias no tenían capacidad de intervenir y que valoraban las tradiciones y la diversidad cultural representadas por los pueblos indígenas como un problema. Todo ello conllevaba una aculturación planificada, una acción inducida de factores de cambio social, con objetivos y medios concretos, ajenos y extraños a los que pudieran pretender o disponer los grupos indígenas afectados¹¹³. Las organizaciones internacionales, las organizaciones no gubernamentales (ONG) y las agencias gubernamentales de cooperación no han sido ajenas a este tipo de prácticas y a lo largo de las décadas precedentes y todavía en la actualidad muchos de los programas o proyectos financiados, tuvieron o tienen, efectos devastadores para las culturas indígenas.

El primer Relator de las Naciones Unidas sobre la situación de los humanos y las libertades fundamentales de los indígenas, Rodolfo Stavenhagen, se refirió concretamente a las consecuencias que los proyectos de desarrollo en gran escala o los grandes proyectos de desarrollo estaban teniendo en los derechos de los pueblos indígenas de todo el planeta, manifestando su preocupación por la explotación de los recursos extractivos en territorios indígenas, la imposición de modelos de desarrollo o

¹¹² Díaz-Polanco, *supra* nota 89.

¹¹³ Pablo Palenzuela y Mario Jordi, "Antropología y etnodesarrollo: El caso de las organizaciones indígenas en el occidente de Guatemala" en el *VIII Congreso de Antropología*, Santiago de Compostela, Asociación Galega de Antropología, 1999, 71 en la p. 75.

la necesidad de que cualquier actividad vinculada a la promoción del desarrollo de estos pueblos cuente con su consentimiento libre, previo e informado. En el informe se destacó el papel de los gobiernos, las ONG y las empresas involucradas que no siempre adoptan una posición respetuosa con la defensa de la autonomía, los intereses generales y los derechos específicos de los pueblos indígenas¹¹⁴.

Los efectos etnocidas de estas estrategias y proyectos de desarrollo, en su momento, ya fueron criticados por los primeros líderes indígenas que tuvieron acceso a los marcos de participación en las Naciones Unidas y, frente a ese modelo de desarrollo impuesto, exigieron la aplicación de modelos etnodesarrollistas, de autodesarrollo o desarrollo con identidad (hoy hablan del buen vivir). Estos modelos alternativos están fundamentados en una concepción del desarrollo que valorase la cultura, la tradición y la diversidad cultural que superase la unidireccionalidad y unidimensionalidad de los modelos anteriormente descritos y en los que la activa participación de los pueblos indígenas como sujetos definidores de su propio desarrollo debía ser tomada en cuenta. Todo ello empezó a conformar una construcción doctrinal en torno al derecho de los pueblos indígenas al autodesarrollo que en gran medida está vinculada al reconocimiento de que existe una diversidad de modelos de desarrollo directamente emparentados con la diversidad cultural.

A su vez, no debemos olvidar que diferentes órganos de derechos humanos, como el Comité de derechos humanos o el Comité para la eliminación de la discriminación racial de las Naciones Unidas, han establecido correlaciones, empíricamente constatadas, entre indigenidad y pobreza en sus observaciones a los informes de diversos países¹¹⁵; que el Fondo indígena surge con el mandato fundacional de revertir esas situaciones, garantizar el derecho al desarrollo de los pueblos indígenas y evitar la imposición de modelos ajenos¹¹⁶ y que el propio Banco mundial¹¹⁷, el Banco interamericano de desarrollo (BID)¹¹⁸ o el Banco asiático de

¹¹⁴ Rodolfo Stavenhagen, *Informe del Relator especial sobre la situación de los derechos humanos y libertades fundamentales de los indígenas*, Doc. of. CES NU, 59ª ses., Doc. NU E/CN.4/2003/90 (2003).

¹¹⁵ Nos estamos refiriendo a las *Observaciones finales del Comité de Derechos Humanos, 07/04/1995*, Doc. of. HCR NU, 53ª sess., Doc. NU CCPR/C/79/Add.50 en el párr. 26 y las *Observaciones finales del Comité para la eliminación de la discriminación racial* acerca de los informes periódicos nº 12 y 13 de Perú (Doc. NU CERD/C/298/Add.5) y de las observaciones (Doc. NU CERD/C/304/Add.69 (1999)).

¹¹⁶ *Convenio constitutivo del Fondo indígena*, supra nota 75.

¹¹⁷ Recordemos que el Banco mundial, a través de su Directriz operacional concerniente a los pueblos indígenas (DO 4.20), asumió ya en 1991 una autocritica en relación a algunas políticas y programas del Banco que habían tenido terribles consecuencias para los pueblos indígenas, creando una línea de asistencia, promoción y apoyo que se pretendía ser respetuosa con las tradiciones y las culturas de las poblaciones beneficiarias. Ya en 1998 y bajo el impulso del primer decenio internacional, el Banco revisó (de nuevo) su política sobre los pueblos indígenas, en el marco de una reestructuración general de su estrategia, pasando del formato de directrices operativas (OD) al formato actual de políticas operativas / procedimientos del banco (OP/BP) en las que se distinguen más claramente las políticas y los procedimientos, ambos obligatorios, de los aspectos considerados prácticas óptimas sin carácter obligatorio. Hay varias diferencias importantes entre el proyecto de OP/BP 4.10 y la anterior DO 4.20, en todo lo relativo al fortalecimiento de las disposiciones obligatorias. Por un lado fija disposiciones claras para la realización de consultas tempranas y de fondo y para la participación informada de los grupos afectados. El prestatario y el Banco deben de tener muy en cuenta los resultados de las

desarrollo¹¹⁹ han profundizado esa cuestión y la han tenido muy en cuenta en la elaboración de sus directrices y en la implementación de sus programas entre pueblos indígenas.

consultas a la hora de decidir si se ha de proseguir el procesamiento y realización del proyecto. A su vez, se establecen mecanismos, no sólo para evitar los efectos negativos, sino también para adaptar los beneficios a los pueblos indígenas. Unido a ello un estudio comparativo nos muestra que la nueva estrategia agrega nuevos requisitos obligatorios con respecto a la utilización comercial de los recursos naturales (incluidos recursos forestales, mineros y de hidrocarburos) existentes en las tierras pertenecientes o tradicionalmente utilizadas por los grupos indígenas. A pesar de que estos reconocimientos y nuevas orientaciones del Banco en materia de pueblos indígenas tienen una trascendencia indudable, confirman la consolidación de un marco institucional vinculado a la protección de los derechos de los pueblos indígenas (aquí están en juego derechos como el de la consulta previa, al territorio, al autodesarrollo, etc.) lo cierto es que los pueblos indígenas han manifestado su disconformidad y han propuesto que el funcionamiento social y ambiental mejorado de las operaciones del Banco mundial sólo podrá lograrse con normas apropiadas de política interna junto con mecanismos institucionales efectivos. Vid. Tom Griffiths, "El Banco mundial, los pueblos indígenas y el desarrollo internacional. ¿Un paso adelante o hacia atrás?" (2001) 1 *Asuntos Indígenas* 54 en las pp. 54-63. Sobre el Banco mundial y el derecho al desarrollo de los pueblos indígenas puede consultarse el libro Fondo para el desarrollo de los pueblos indígenas de América latina y el Caribe, *Pueblos indígenas: una visión de Naciones unidas y la Banca multilateral: pronunciamientos, propuestas y debates sobre el desarrollo indígena y el "derecho al desarrollo" en la ONU y en los organismos financieros internacionales*, La Paz, Fondo indígena, 2007. Hemos trabajado sobre esta organización y su estrategia de ayuda a los pueblos indígenas en J. Daniel Oliva Martínez, *La cooperación internacional con pueblos indígenas: desarrollo y derechos humanos*, Madrid, CIDEAL, 2005 [Oliva Martínez, *La cooperación internacional*] y también en J. Daniel Oliva Martínez, "Políticas de Estado en cooperación internacional para la promoción del desarrollo de los pueblos indígenas" en Mikel Berraondo, ed., *Pueblos indígenas y derechos humanos*, Bilbao, Universidad de Deusto, 2006 en las pp. 359-398 [Oliva Martínez, "Políticas de Estado"].

¹¹⁸ Anne Deruyttere, *Pueblos indígenas y desarrollo sostenible: El papel del BID*, Washington, Unidad de pueblos indígenas y desarrollo comunitario, 1997 en las pp. 9-16. El BID también ha ampliado y mejorado su estrategia de cooperación con los pueblos indígenas. En 1997, la Unidad de pueblos indígenas y desarrollo comunitario del BID, comenzó a revisar su trabajo con los pueblos indígenas. En la actualidad el Banco ya cuenta con un renovado documento estratégico para el desarrollo indígena, basado en un diagnóstico de las especificidades, demandas, limitaciones y oportunidades de los pueblos indígenas y en la revisión de la experiencia del Banco y de otras instituciones de las últimas dos décadas. La formulación del nuevo marco estratégico que se ha llevado a cabo en colaboración de los pueblos indígenas y las ONG especializadas se inserta en el conjunto de mandatos internacionales que ha asumido el BID, entre ellos los Objetivos del milenio de Naciones unidas o los Planes de acción de las Conferencias de Durban o Johannesburgo (racismo y desarrollo sostenible respectivamente). La estrategia del BID hace que la organización incida en tres ámbitos de acción: 1) el fortalecimiento de las tierras, el territorio y la gobernabilidad (incluyendo acciones ante situaciones de crisis); 2) la reducción de la marginalización y exclusión y 3) la potenciación de las ventajas comparativas de los pueblos indígenas basadas en su capital natural, cultural y social para aprovechar el espacio intercultural como base para mejorar la calidad de vida de las comunidades. Los ejes estratégicos hacen que la organización focalice su trabajo en la visibilización de los pueblos indígenas y su especificidad, la potenciación de la autonomía indígena, la mejora al acceso y la calidad de los servicios sociales y la mejora de las oportunidades de desarrollo económico, la promoción de los derechos, la normatividad y la seguridad jurídica de las comunidades. Vid. BID, Departamento de desarrollo sostenible, Unidad de pueblos indígenas y desarrollo comunitario, *Estrategia para el desarrollo indígena del Banco interamericano de desarrollo*, Washington, BID, 2006. El departamento ha cambiado de nombre recientemente. También nos hemos ocupado del BID en los trabajos ya citados: Oliva Martínez, *La cooperación internacional*, *supra* nota 117 y Oliva Martínez, "Políticas de Estado", *supra* nota 117.

¹¹⁹ *Informe del Banco asiático de desarrollo al Foro permanente para las cuestiones indígenas*, Doc. of. AG NU, 3ª ses., Doc. NU E/C.19/2004/9 (2004).

Ciertamente a lo largo de décadas la imposición de modelos de desarrollo - inspirados en el paradigma hegemónico- a las comunidades indígenas ha conllevado desestructuración socio-cultural y altos niveles de pobreza. Todo ello ha generado una propuesta alternativa que ha intentado articular etnicidad y cultura en el marco de procesos reivindicativos que vienen exigiendo nuevas premisas jurídicas, políticas y de organización y que ha acabado por reforzar el concepto de etnodesarrollo, que fundamenta el derecho al desarrollo de los pueblos indígenas y que según Bonfil Batalla supone un “[p]roceso de transformación social sustentado por la capacidad social de un pueblo para construir su futuro, aprovechando para ello las enseñanzas de su experiencia histórica y los recursos reales y potenciales de su cultura, de acuerdo con un proyecto que se defina según sus propios valores y aspiraciones”¹²⁰.

El etnodesarrollo (término ya anticuado) o autodesarrollo¹²¹, significa :

mirar hacia adentro : significa encontrar en la cultura del grupo los recursos y la fuerza creativa necesarios para enfrentar los desafíos del cambiante mundo moderno. No significa la autarquía o un aislamiento auto-impuesto, y aún menos retraerse a un museo de la “tradición”, aunque aquellas etnias que tal vez quisieran permanecer aisladas (como algunas tribus de la selva tropical de la cuenca del Amazonas) deberían ciertamente tener la libertad de disfrutar del derecho humano fundamental del aislamiento¹²² [...] El etnodesarrollo no significa fragmentar las existentes y subvertir el proceso de construcción nacional, sino más bien redefinir la naturaleza de la construcción nacional y enriquecer el complejo tejido multicultural de muchos Estados modernos, al reconocer las aspiraciones legítimas de las etnias culturalmente distintas que forman el conjunto nacional [...] Finalmente, el etnodesarrollo significa reconsiderar la naturaleza y los objetivos de los proyectos de desarrollo al nivel local, desde las presas hidroeléctricas hasta la introducción de cultivos de plántulos manteniendo en mente, primero y principalmente, las necesidades, los deseos, las especificidades culturales y la participación de la base de los propios grupos étnicos.¹²³

Ante lo expuesto parece que podemos afirmar que existe un nexo común entre autodeterminación o libre determinación de los pueblos indígenas y etno o autodesarrollo¹²⁴, puesto que ambos constituyen factores favorecedores de la

¹²⁰ Guillermo Bonfil Batalla, “El etnodesarrollo, sus premisas jurídicas, políticas y de organización” en *América Latina : Etnodesarrollo y etnocidio*, San José de Costa Rica, FLACSO, 1982 en la p. 10.

¹²¹ A pesar de las diferencias terminológicas y del origen histórico distinto (aunque cercano) de ambos conceptos, nosotros en esta ocasión los utilizamos como sinónimos. Hemos realizado una diferenciación de ambos conceptos en el libro ya citado Oliva Martínez, *La cooperación internacional*, *supra* nota 117. Hoy en día los pueblos indígenas prefieren hablar de *buen vivir*.

¹²² *Texto consolidado de Declaración americana*, *supra* nota 17, art. 26.1 que sirve de base para la discusión reconoce que : “Los pueblos indígenas en aislamiento voluntario tienen derecho a permanecer en dicha condición y de vivir libremente y de acuerdo a sus tradiciones ancestrales”.

¹²³ Rodolfo Stavenhagen, “Etnocidio o etnodesarrollo : el nuevo desafío” (1988) 2 n° 1 *Mundo : Problemas y confrontaciones*, 69.

¹²⁴ La propia “Declaración de San José sobre el etnocidio y el etnodesarrollo”, *Seminario internacional sobre el etnocidio y el etnodesarrollo en América Latina*, 11 de diciembre de 1981 en el

autonomía de los pueblos, ambos se retroalimentan, se interrelacionan y se refuerzan; no puede haber etnodesarrollo sin autodeterminación y es imposible la libre determinación de los pueblos si su devenir o desarrollo no se afianza en su propia realidad histórica y cultural. Autodeterminación significa

lo opuesto a integración o asimilación, es decir el derecho a defender y preservar su muy particular y especial identidad cultural, social, económica, etc.; dentro del seno de la comunidad nacional de la que forman parte. Lo cierto es que el término autodeterminación [...] puede abarcar su derecho a disponer su propio desarrollo económico, su propio desarrollo cultural, la aplicación de su propio sistema jurídico y su propia organización social.¹²⁵

Hablaríamos pues de una estrecha vinculación, de una relación dialéctica y complementaria, entre la diversidad cultural, el derecho a la libre determinación¹²⁶ y el derecho a un desarrollo autónomo en la medida en que este derecho es condición necesaria para la realización de aquel y la preservación de la diversidad cultural sin que esto necesariamente atente la integridad de los Estados. Estamos ante dos derechos (libre determinación y autodesarrollo) y un principio (preservación de la diversidad cultural) que se retroalimentan, se refuerzan y aparecen como interrelacionados y complementarios.

Si por autodesarrollo entendemos un concepto amplio y abierto, que incorpora el aspecto participativo -ya que sólo desde la participación democrática de los beneficiarios se avanzará hacia un auténtico desarrollo- que nos aproxima a una perspectiva culturalista, cuyo desarrollo ha de partir del corazón de cada cultura, y que a su vez está relacionado con una concepción compleja del desarrollo de los pueblos, que incorpora lo político, lo económico, lo social, lo cultural, lo jurídico, lo religioso y todo aquello que tiene que ver con la gestión de la tierra y recursos, el medio ambiente, los medios de comunicación o la salud¹²⁷, podemos asegurar que la

párr. 3, en línea : FlacsoAndes <<http://www.flacsoandes.org/biblio/catalog/resGet.php?resId=1313>>.

“Entendemos por etnodesarrollo la ampliación y consolidación de los ámbitos de la cultura propia, mediante el fortalecimiento de la capacidad autónoma de decisión de una sociedad culturalmente diferenciada para guiar su propio desarrollo y el ejercicio de la autodeterminación, cualquiera que sea el nivel que se considere, e implican una organización equitativa y propia del poder. Esto significa que el grupo étnico es unidad político-administrativa con autoridad sobre su propio territorio y capacidad de decisión en los ámbitos que constituyen su proyecto de desarrollo dentro de un proceso de creciente autonomía y autogestión.”

¹²⁵ Midori Papadópolo, *El nuevo enfoque internacional en materia de derechos de los pueblos indígenas*, Guatemala, Universidad Rafael Landívar, 1995 en la p. 63. Para concluir añade- autodeterminación y etnodesarrollo “al final significan lo mismo.”

¹²⁶ Desde este planteamiento como señala Ole Henrik Magga, “Derechos culturales y poblaciones autóctonas. La experiencia sami”, en *Diversidad cultural, conflicto y pluralismo : Informe mundial sobre la cultura (2000)*, París, UNESCO, 1999 en la p. 80. “El principio de autodeterminación tiene una incidencia interna para el Estado, que debe garantizar a todos los pueblos que viven sobre su territorio el derecho a participar en la gestión de su propio desarrollo económico, social y cultural.”

¹²⁷ En la Comisión de derechos humanos, Grupo de trabajo sobre las poblaciones indígenas, *Nota de la Secretaría : Las poblaciones indígenas y su derecho al desarrollo incluido el derecho a participar en el desarrollo que les afecta*, Doc. of. CES NU, 19ª ses., Doc NU E/CN.4/Sub.2/AC.4/2001/2 (2001) en

Declaración de las Naciones unidas consagra unos derechos con diferente peso y proyección pero que caminan en ese sentido. Incluso el propio preámbulo hace referencia a la cuestión al manifestar la preocupación

por el hecho de que los pueblos indígenas hayan sufrido injusticias históricas como resultado, entre otras cosas, de la colonización y enajenación de sus tierras, territorios y recursos, lo que les ha impedido ejercer, en particular, su derecho al desarrollo de conformidad con sus propias necesidades e intereses.¹²⁸

Varios son los artículos de la *Declaración de las Naciones unidas* que están consagrados a esta cuestión y en los que se afianza la noción de autodesarrollo. En concreto el artículo 21.1 recoge que: “Los pueblos indígenas tienen derecho, sin discriminación alguna, al mejoramiento de sus condiciones económicas y sociales, entre otras esferas, en la educación, el empleo, la capacitación y el readiestramiento profesionales, la vivienda, el saneamiento, la salud y la seguridad social”¹²⁹. La noción de autodesarrollo se ve reforzado con el artículo 23 que dispone acerca de que

[l]os pueblos indígenas tienen derecho a determinar y a elaborar prioridades y estrategias para el ejercicio de su en derecho al desarrollo. En particular, los pueblos indígenas tienen derecho a participar activamente 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.¹³⁰

Se explicita claramente el derecho a un desarrollo propio, autónomo, que se refuerza en la propia realidad distintiva de lo indígena.

los párr. 23-24, se puso de manifiesto esta multidimensionalidad del derecho al desarrollo de los pueblos indígenas: “Una de las principales estrategias para la realización del derecho al desarrollo de los pueblos indígenas es su participación plena y en pie de igualdad en el desarrollo nacional, incluida la participación en los beneficios. A nivel político ello entraña la representación de los pueblos indígenas en todas las instituciones democráticas, incluidos el gobierno, el parlamento y el poder judicial, así como en las fuerzas armadas y en la policía. A nivel socioeconómico ello entraña la aplicación de medidas para acabar con la discriminación en el mercado laboral y acceso a la seguridad social, la educación y el crédito [...] Con respecto a los derechos culturales, la participación plena y en pie de igualdad implicaría que las poblaciones indígenas podrían usar el idioma y seguir sus usos sociales sino que también determinados servicios del Estado, como el sistema escolar y la administración de justicia, podrían prestarse en su idioma y en el respeto de su cultura. [...] Otra de las estrategias principales que han solido proponer los pueblos indígenas es el ejercicio de su derecho al desarrollo mediante alguna forma de autonomía política o libre determinación. Los derechos de autogobierno normalmente incluyen el control de una manera u otra sobre su territorio y recursos naturales, así como de sus propios sistemas de educación y de comunicación. Esta estrategia suele ir unida alguna forma de descentralización, por la cual los indígenas pueden crear distritos en los que son mayoría y donde pueden instaurar sus propios usos sociales y culturales y sus formas propias de administración pública.”

¹²⁸ *Declaración de las Naciones unidas*, *supra* nota 17, párr. 6 del preámbulo.

¹²⁹ *Ibid.*, art. 21.1.

¹³⁰ *Ibid.*, art. 23.

Por su parte el artículo 7 del *Convenio 169* dispone de manera análoga :

1. Los pueblos interesados deberán tener el derecho de decidir sus propias prioridades en lo que atañe al proceso de desarrollo, en la medida en que éste afecte a sus vidas, creencias, instituciones y bienestar espiritual y a las tierras que ocupan o utilizan de alguna manera, y de controlar, en la medida de lo posible, su propio desarrollo económico, social y cultural. Además, dichos pueblos deberán participar en la formulación, aplicación y evaluación de los planes y programas de desarrollo nacional y regional susceptibles de afectarles directamente. 2. El mejoramiento de las condiciones de vida y de trabajo y del nivel de salud y educación de los pueblos interesados, con su participación y cooperación, deberá ser prioritario en los planes de desarrollo económico global de las regiones donde habitan. Los proyectos especiales de desarrollo para estas regiones deberán también elaborarse de modo que promuevan dicho mejoramiento.¹³¹

De esta manera el *Convenio 169* si bien no reconoce que los pueblos indígenas sean titulares del derecho al desarrollo, al menos si establece que los Estados tienen el deber jurídico de procurarlo.

Hay un componente fundamental en el desarrollo de los pueblos y las sociedades : el del control sobre la tierra, los territorios y los recursos naturales¹³² como consagran diferentes instrumentos internacionales. Más adelante nos centramos en los derechos territoriales pero valga como ejemplo de esta interrelación el artículo 32.1 de la *Declaración de las Naciones unidas*, en el que se recoge que : “Los pueblos indígenas tienen derecho a determinar y elaborar las prioridades y estrategias para el desarrollo o la utilización de sus tierras o territorios y otros recursos”¹³³.

También el libre consentimiento previo e informado está estrechamente relacionado con el desarrollo autónomo y el control sobre el territorio. Así el párrafo 2 del artículo 15 del *Convenio 169* incide en esta cuestión al disponer que “los gobiernos deberán establecer o mantener procedimientos con miras a consultar a los pueblos interesados [...] antes de emprender o autorizar cualquier programa de prospección o explotación de los recursos existentes en sus tierras”¹³⁴. Esta vinculación entre autodesarrollo y consentimiento informado aparece a su vez en otros instrumentos internacionales en proceso de aprobación definitiva e implementación.

¹³¹ *Convenio 169, supra* nota 17, art. 7. 1 y 7.2.

¹³² El asunto del control sobre el territorio es sumamente espinoso. Si bien algunos de los Estados representados en el Grupo de trabajo que discutió el *Proyecto de Declaración de las Naciones unidas, supra* nota 17, reconocieron el carácter colectivo del interés de los pueblos indígenas en las tierras y los recursos, muchos fueron, sin embargo, los Estados que consideraron fundamental encontrar términos que conciliasen el interés de los pueblos indígenas y los derechos de los Estado. Junto al asunto de la definición y el derecho de autodeterminación, este aspecto del control sobre la tierra, el territorio y los recursos es la tercera arista que hizo que la aprobación definitiva de la Declaración se retrasase hasta 2007.

¹³³ *Declaración de las Naciones unidas, supra* nota 17, art. 32.1.

¹³⁴ *Convenio 169, supra* nota 17, art. 15.2.

Desde una perspectiva comparada, especial mención deberíamos hacer al artículo 29 sobre el derecho al desarrollo del *Texto consolidado de Declaración americana*¹³⁵. En conjunto la Declaración americana asume a lo largo del preámbulo y de la parte dispositiva una concepción moderna de los derechos de los pueblos indígenas desde una perspectiva individual y colectiva en donde la participación en los asuntos propios es una idea fuerza que se afianza en muchos de los artículos, pero es especialmente el apartado primero de este artículo sobre el derecho al desarrollo, en el que se asume explícitamente la idea del autodesarrollo al disponer :

Los pueblos indígenas tienen derecho a determinar y poner en práctica en forma autónoma los valores, opciones, objetivos, prioridades, y estrategias para su desarrollo. Este derecho incluye la participación en determinar y elaborar programas de salud, vivienda y otros programas económicos y sociales que los afecten, y cuando sea posible, administrar estos programas mediante sus propias instituciones. Los pueblos indígenas tienen derecho sin discriminación alguna a obtener medios adecuados para su propio desarrollo, incluidos aquellos provenientes de la cooperación internacional, y de contribuir a través de sus formas propias al desarrollo nacional.¹³⁶

Y a continuación el artículo 29.2 del *Texto consolidado de Declaración americana* recoge una exhortación a los Estados, inspirada en el *Convenio 169*, sobre el consentimiento informado que mejora la redacción original del artículo 21.2 del *Proyecto original de Declaración americana* :

[L]os Estados tomarán las medidas necesarias para que las decisiones referidas a todo plan, programa o proyecto que afecte derechos o condiciones de vida de los pueblos indígenas, no sean hechas sin el consentimiento y participación libre e informada de dichos pueblos, a que se reconozcan sus preferencias al respecto y a que no se incluya provisión alguna que pueda tener como resultado efectos negativos para dichos pueblos.¹³⁷

¹³⁵ *Texto consolidado de Declaración americana*, supra nota 17, art. 29.

¹³⁶ *Ibid.*, art. 29.1. La redacción del *Proyecto original de Declaración americana*, supra nota 17, art. 21.1. recogía por su parte : “Los Estados reconocen el derecho de los pueblos indígenas a decidir democráticamente respecto a los valores, objetivos, prioridades y estrategias que presidirán y orientarán su desarrollo, aún cuando los mismos sean distintos a los adoptados por el Estado nacional o por otros segmentos de la sociedad. Los pueblos indígenas tendrán derecho sin discriminación alguna a obtener medios adecuados para su propio desarrollo de acuerdo a sus preferencias y valores, y de contribuir a través de sus formas propias, como sociedades distintivas, al desarrollo nacional y a la cooperación internacional.”

¹³⁷ *Proyecto original de Declaración americana*, supra nota 17, art. 21.2. *Texto consolidado de Declaración americana*, supra nota 17, art. 29.3. “Los pueblos indígenas tienen derecho a indemnización justa y equitativa por cualquier perjuicio que la ejecución de dichos planes, programas o proyectos pueda causarles pese a los recaudos establecidos en este artículo; y a que se adopten medidas para mitigar impactos adversos ecológicos, económicos, sociales, culturales o espirituales”. Este artículo ha sufrido modificaciones y al igual que muchos otros, se encuentra enmendado por las dudas y aportaciones de algunos Estados y de los pueblos indígenas en el actual momento de la negociación por lo que en el documento de referencia aparece entre corchetes, en su redacción original completada.

Sobre el papel de los Estados en la promoción del autodesarrollo indígena cabe hacer mención al artículo 21.2 de la *Declaración de las Naciones Unidas* en el que se hace referencia a que los Estados deberán adoptar medidas eficaces y, cuando, proceda, medidas especiales para asegurar el mejoramiento continuo de las condiciones económicas y sociales de los pueblos indígenas¹³⁸. Por su parte el artículo 39 se refiere al rol de la cooperación internacional, al afirmar que los pueblos indígenas tienen derecho a la asistencia financiera y técnica de los Estados y por conducto de la cooperación internacional, para el disfrute de los derechos enunciados en la dicha declaración¹³⁹. Por su parte, el artículo 41 refuerza esta disposición al recoger :

Los órganos y organismos especializados del sistema de las Naciones Unidas y otras organizaciones intergubernamentales contribuirán a la plena aplicación de las disposiciones de la presente Declaración mediante la movilización, entre otras cosas, de la cooperación financiera y la asistencia técnica. Se establecerán los medios de asegurar la participación de los pueblos indígenas en relación con los asuntos que les conciernan.¹⁴⁰

En muchas ocasiones los pueblos indígenas no tienen acceso a créditos comerciales y se ven privados de inversiones públicas, de servicios sociales y de los equipamientos y las infraestructuras necesarias para su progreso. La cooperación para el desarrollo de los Estados y la comunidad internacional es por lo tanto fundamental y debe activarse con el objeto de promover el derecho al autodesarrollo de los pueblos indígenas, en ese sentido es muy importante que accedan a los concursos públicos y privados que pueden favorecer su desarrollo y tengan un conocimiento de las posibles fuentes de financiación.

A su vez, como hemos señalado en las páginas anteriores, autodesarrollo no equivale a autarquía o encapsulamiento. Promover un desarrollo desde la peculiaridad indígena, desde el propio sustrato sociocultural, desde las potencialidades de la cultura propia, no equivale a negar las posibilidades de desarrollo que pueden llegar desde la financiación o la cooperación técnica internacional. Favorecer por lo tanto el autodesarrollo supone que la comunidad indígena de base se sienta beneficiaria, protagonista y participante de los procesos y de las fases que estructuran el ciclo del proyecto (identificación, planificación, ejecución y evaluación), sabiendo equilibrar la cultura autóctona y las posibilidades que esta ofrece con los beneficios que seguros pueden llegar del exterior.

Por eso no nos ha de extrañar que la *Declaración de las Naciones Unidas* asuma esta realidad y por ello a lo largo de su preámbulo y de su parte dispositiva articula principios y derechos a favor del autodesarrollo y de la autonomía de los pueblos indígenas pero en su parte final hace un llamamiento a la responsabilidad internacional, abogando porque las organizaciones internacionales y por supuesto los

¹³⁸ *Declaración de las Naciones Unidas*, supra nota 17, art. 22.1.

¹³⁹ *Ibid.*, art. 39.

¹⁴⁰ *Ibid.*, art. 41.

Estados, responsables últimos del desarrollo de sus sociedades, se comprometan en la práctica con los principios expuestos y los derechos reconocidos, tendentes a asegurar la pervivencia cultural de los pueblos indígenas, garantizar su autonomía y favorecer un desarrollo propio.

Lo cierto es que el derecho al autodesarrollo de los pueblos indígenas (y su vinculación con el derecho a la autodeterminación y el principio emergente en el derecho internacional de preservación de la diversidad cultural) aunque no se explicita, ya está apuntado de alguna manera en la propia *Declaración del derecho al desarrollo* cuyo primer artículo dispone :

1. El derecho al desarrollo es un derecho inalienable en virtud del cual todo ser humano y todos los pueblos están facultados para participar en un desarrollo económico, social, cultural y político en el que puedan realizarse plenamente todos los derechos humanos y libertades fundamentales, a contribuir a ese desarrollo y a disfrutar de él. 2. El derecho humano al desarrollo implica también la plena realización del derecho de los pueblos a la libre determinación, que incluye, con sujeción a las disposiciones pertinentes de ambos Pactos internacionales de derechos humanos, el ejercicio de su derecho inalienable a la plena soberanía sobre todas sus riquezas y recursos naturales.¹⁴¹

Cabe destacar que el derecho al desarrollo, según se recoge en esta declaración, se nos presenta como un derecho de realización progresiva, inalienable, individual y colectivo, que integra y refuerza otros derechos y libertades fundamentales de la persona y el derecho de los pueblos a la libre determinación y que incorpora la capacidad de participar en un desarrollo multidimensional y contribuir a él¹⁴². No obstante que la noción de pueblo que se maneja es un concepto estatocéntrico y de que, pese a los intentos al respecto, finalmente los pueblos indígenas no fueron incorporados como titulares del derecho al desarrollo¹⁴³, lo cierto es que este aspecto de la participación y de la contribución me parece sumamente importante. Todo ello está estrechamente vinculado con la concepción que se viene manejando del derecho al desarrollo con identidad, el autodesarrollo o el buen vivir de los pueblos indígenas, que también presupone un elemento primordial : el de la participación de los pueblos indígenas desde el control cultural¹⁴⁴, como sujetos

¹⁴¹ *Declaración sobre el derecho al desarrollo*, *supra* nota 45, art. 1.

¹⁴² Y seguimos aquí las interpretaciones del profesor Fernando M. Mariño, “El marco jurídico internacional del desarrollo” en Fernando M. Mariño y Carlos R. Fernández Liesa, eds., *El desarrollo y la cooperación internacional*, Madrid, Universidad Carlos III, 1997, 35.

¹⁴³ Según nos informó el especialista Felipe Gómez Isa, en el marco del tercer encuentro de investigadores sobre derechos de los pueblos indígenas celebrado en la Universidad de Deusto en septiembre de 2003, lo cierto es que a pesar de que en el Grupo de trabajo encargado de elaborar la *Declaración del derecho al desarrollo* hubo propuestas explícitas para que se incorporase a los pueblos indígenas como titulares del derecho al desarrollo, ello finalmente no fue posible debido a la manifiesta oposición que venían anunciando los países latinoamericanos.

¹⁴⁴ Guillermo Bonfil Batalla, *Pensar nuestra cultura*, Madrid, Alianza, 1991 en la p. 49. Cabe recordar que entendemos por control cultural : “la capacidad social de decisión sobre los recursos culturales que deben ponerse en juego para identificar necesidades e intentar resolverlas y satisfacerlas”.

colectivos de cambio, que deben participar en el diseño, aplicación y evaluación de las estrategias de desarrollo que les contemplan como beneficiarios.

En definitiva, el derecho al autodesarrollo como derecho colectivo emergente, reforzado por instrumentos generales y especializados, está relacionado con la necesidad de que los gobiernos, los organismos internacionales, las ONG y las agencias de cooperación internacional, a la hora de poner en marcha sus estrategias de desarrollo, procuren que los pueblos indígenas a través de métodos de consulta efectivos participen activamente en todo lo que atañe a su desarrollo.

En el fondo estamos asistiendo no meramente al reconocimiento retórico de un hipotético derecho al desarrollo de los pueblos indígenas, sino a la generación de una norma internacional, reforzada desde algunos ordenamientos internos¹⁴⁵, que está poniendo en tela de juicio la concepción unilineal, evolucionista, como paso de lo simple a lo complejo, de lo arcaico a lo moderno, que tradicionalmente se ha venido manejando en torno al desarrollo. Con ello, en gran medida, se empieza a reconocer en la comunidad internacional a los pueblos indígenas como sujetos colectivos llamados a definir cómo desean que sea su futuro sobre la base de su propia identidad cultural o en base a lo que ellos quieran, siempre respetando los límites relacionados con el aseguramiento de los derechos humanos individuales de las personas indígenas y no indígenas, y la integridad territorial del Estado.

Este es el contenido material del derecho al desarrollo de los pueblos indígenas que empieza a tomar forma en el derecho internacional; cuestión bien distinta es la relacionada con la capacidad política y fáctica con la que cuentan realmente los pueblos indígenas para ejercer ese derecho y los Estados responsables para garantizarlo, en un contexto internacional marcado por la extensión de los procesos de globalización que están asociados a la internacionalización de un modelo de desarrollo hegemónico cuyas bases y fundamentos (individualismo, explotación de los recursos naturales a gran escala, consumo de energías no renovables, elevación constante de la productividad y altos niveles de consumo, homogeneización cultural y de los modos de vida, etc.) están en clara contradicción con los ejes vertebradores del desarrollo indígena. Si tenemos en cuenta, que más allá de las particularidades, estos ejes vertebradores están vinculados a la solidaridad, la explotación controlada de los recursos, el manejo sostenible y no utilitario de la tierra, el carácter colectivo de la propiedad, el trabajo comunitario y la cooperación mutua, podemos concluir que apostar por el derecho al desarrollo de los pueblos indígenas tal y como lo empieza a

¹⁴⁵ Debemos destacar los reconocimientos más o menos explícitos del derecho al desarrollo de los pueblos indígenas que aparecen en la *Constitución política de la República de Guatemala*, 1985, art. 2; *Constitución política de los Estados Unidos Mexicanos*, 1917, art. 4; *Constitución política de la República de Panamá*, 1972, art. 104 y 108; *Constitución política de la República de Nicaragua*, 1987, art. 44, 89 y 90; y *Constitución política de la República del Ecuador*, 1998, art. 84.13. También cabe hacer referencia a la *Ley chilena n° 19253 que establece normas sobre protección, fomento y desarrollo de los indígenas, y crea la corporación nacional de desarrollo indígena*, 1993, que creó la Corporación Nacional de desarrollo indígena (CONADI), el organismo encargado de favorecer el autodesarrollo de los pueblos indígenas, y a los fundamentos y la base normativa del Programa Orígenes en ese mismo país. No debemos olvidar por último la *Ley Costarricense de desarrollo autónomo de los pueblos indígenas*, 1998.

reconocer el derecho internacional, supone apostar por la construcción de un mundo diferente muy distinto del panorama que nos ofrecen las dinámicas económicas imperantes¹⁴⁶.

4. EL DERECHO A LA IDENTIDAD O DIFERENCIA CULTURAL

Los problemas, estrictamente de ámbito cultural, que asolan a los pueblos indígenas están relacionados con : el retroceso del idioma; la imposición de creencias ajenas; el internado de niños indígenas en colegios apartados de sus familias y su cultura; el vandalismo, saqueo de tumbas y de lugares sagrados (numerosos objetos y artefactos que se encuentran en museos y colecciones privadas han sido robados de sitios, monumentos o centros ceremoniales que todavía en la actualidad tienen un significado cultural y simbólico para estos pueblos); la explotación de su patrimonio artístico e intelectual (artesanías, danzas, ceremonias, música, etc.) con fines turísticos o comerciales por agentes ajenos a los pueblos indígenas; la imagen distorsionada que transmiten sobre ellos los medios de comunicación o que están incorporadas a los libros de texto que estudian los niños y jóvenes indígenas, etc. Todo ello ha tenido consecuencias muy negativas para la autoestima grupal de estos pueblos y ha generado un sentimiento de inferioridad entre muchos indígenas. Por ello los pueblos indígenas han venido reivindicando que se les reconozca un derecho colectivo específico, que supere o refuerce los reconocimientos genéricos, a la identidad o diferencia cultural y que se respete su patrimonio cultural e intelectual.

Ciertamente esta es una cuestión que no ha estado exenta de conflictos, por dos problemas fundamentales. El primero de ellos nos remite, como ha señalado el profesor y ex Relator Stavenhagen, al proceso de cambio, adaptación y reinterpretación de las culturas. Las culturas indígenas no son estáticas, no están petrificadas en el tiempo, sino que han ido variando a lo largo de la historia y continúan haciéndolo, como por otro lado ha ocurrido y ocurre con todas las culturas. Ante ello, la reivindicación en torno al mantenimiento de la diferencia cultural en ocasiones apareció como idealizando los orígenes socioculturales de los pueblos indígenas, que estaba asociada a una concepción no dinámica de estas culturas. En la actualidad, la comunidad internacional viene a reconocer que los pueblos indígenas deben de contar con la libertad de manejar sus propios asuntos culturales y desarrollar su propio potencial cultural con la ayuda, pero sin la interferencia del Estado¹⁴⁷.

Otro problema asociado a la reivindicación del derecho a la diferencia cultural está vinculado a la posibilidad de que el ejercicio del mismo conlleve una permisividad con relación a determinadas tradiciones y costumbres de las culturas indígenas que suponen un atentado a los derechos individuales. Parece que todo ello debería resolverse garantizando la prioridad de los derechos humanos individuales a la libertad, la igualdad y la integridad física frente a cualquier práctica cultural discriminatoria o agresiva con la dignidad de las personas, que jamás debería

¹⁴⁶ Luego volveremos sobre esa idea.

¹⁴⁷ Rodolfo Stavenhagen, "Los derechos indígenas : Nuevo enfoque internacional" (1989) 10 IIDH 57.

justificarse en nombre de un hipotético derecho a la diferencia cultural. Tal y como reafirmaremos más adelante, los límites que el derecho internacional ha incorporado en el proceso de reconocimiento de los derechos de los pueblos indígenas en gran medida están vinculados a los límites de la diversidad cultural.

Una vez tomadas en cuenta estas premisas o aclaraciones de partida, lo cierto es que podemos afirmar que en la actualidad

existen pocas controversias sobre el planteamiento que reconoce que los pueblos indígenas tienen derecho a mantener y desarrollar libremente sus identidades culturales diferenciadas, dentro del marco de principios de derechos humanos generalmente aceptados y, por lo tanto, aplicables. La cultura es entendida generalmente de manera que incluye pautas afines, lengua, religión, rituales, arte y filosofía : de manera adicional, se entiende cada vez más que abarca pautas sobre el uso de la tierra y otras instituciones que pueden extenderse hacia las esferas económicas¹⁴⁸ y políticas. Además, los gobiernos están llamados a mantener y, de hecho, mantienen por sí mismos obligaciones positivas en ese ámbito.¹⁴⁹

En gran medida podemos relacionar el derecho a la identidad cultural con la dimensión cultural del derecho general a la libre determinación de los pueblos indígenas, puesto que difícilmente una comunidad indígena podrá tener el control de su propio destino diferenciado en condiciones de igualdad, si no ve asegurada la preservación (en proceso de modificación continua en base a sus propios intereses y objetivos) de su cultura particular, que debe ser el fundamento de su propio desarrollo y autogobierno. En ese sentido podemos afirmar que el principio de libre determinación en aplicación a los pueblos indígenas “comprende el derecho de los pueblos indígenas a desarrollar su propia cultura y su propio sistema de conocimientos, así como sus formas de organización social”¹⁵⁰.

Ciertamente el derecho a la identidad cultural de los pueblos indígenas se encuentra ya reconocido de manera general en instrumentos que no otorgan un tratamiento específico a estas comunidades etnoculturales diferenciadas¹⁵¹. En efecto

¹⁴⁸ Por ejemplo el *Convenio 169*, *supra* nota 17, art. 23.1 es muy claro al respecto al reconocer como elementos importantes para el mantenimiento de la cultura y desarrollo de los pueblos indígenas, la artesanía y las actividades tradicionales relacionadas con la economía de subsistencia como la caza, la pesca o la recolección.

¹⁴⁹ Anaya, “Los derechos”, *supra* nota 40 en la p. 718.

¹⁵⁰ Erica-Irène A. Daes, Relatora especial, *Informe del Seminario sobre el proyecto de principios y directrices para la protección del patrimonio de los pueblos indígenas*, Doc. CES NU, 52ª ses., Anexo I, Doc. NU E/CN.4/Sub.2/2000/26. (2000) en el párr. 2 [Daes, *Informe*]. Este proyecto sienta las bases que han de considerarse y los principios generales que han de servir para la protección del patrimonio cultural de los pueblos indígenas.

¹⁵¹ *Convenio n° 107 sobre poblaciones indígenas y tribuales*, 26 de junio de 1957, Boletín oficial de la OIT, vol. LXXII, ser. A, n° 2 (entró en vigor : 2 de junio de 1959) [*Convenio 107*]. Cabría mencionar que el *Convenio 107* de la OIT contenía algunas disposiciones interesantes con relación a la identidad cultural, especialmente en el artículo 4, que se refería a los valores culturales y religiosos y las formas de control social propias de dichas poblaciones; el artículo 7.2, que aludía a la preservación de las costumbres indígenas siempre y cuando sean compatibles con el ordenamiento jurídico nacional; el

va a ser la –ya mencionada- *Declaración de cooperación cultural* la que en el marco de algunas referencias generales a la diversidad cultural va a reconocer el derecho de los pueblos a desarrollar su cultura.

La Declaración recoge en su primer artículo como hemos adelantado que :

1. Toda cultura tiene una dignidad y un valor que deben ser respetados y protegidos. 2. Todo pueblo tiene el derecho y el deber de desarrollar su cultura. 3. En su fecunda variedad, en su diversidad y por la influencia recíproca que ejercen unas sobre otras, todas las culturas forman parte del patrimonio común de la humanidad.¹⁵²

Recientemente tras la adopción por la Conferencia general de la UNESCO de la *Declaración universal de la UNESCO* y sobre todo de la *Convención sobre la protección y promoción de la diversidad de las expresiones culturales*¹⁵³, como hemos apuntado en la primera parte de este trabajo, estos principios se han reforzado significativamente. Por supuesto no debemos olvidar la disposición específica que recoge la *CDN* acerca de la necesidad de que los niños indígenas y pertenecientes a minorías étnicas vean preservada su identidad cultural y de alguna manera tengan acceso a una formación coherente con sus orígenes culturales, que también ha venido, desde un campo de protección específico, a consolidar la norma internacional vinculada con el derecho a la preservación de la cultura¹⁵⁴.

Por supuesto el artículo 27 del *PIDCP*, que ya hemos mencionado, también ha de ser incluido entre aquellas disposiciones recogidas en instrumentos internacionales que se ocupan precisamente de la identidad cultural de los pueblos indígenas. De hecho la norma de integridad cultural, particularmente como está formulada en el artículo 27 del Pacto, ha sido la base para que se produjeran decisiones favorables a los pueblos indígenas por parte de la Comisión interamericana de derechos humanos¹⁵⁵ y el propio Comité de derechos humanos¹⁵⁶ de las Naciones unidas encargado de velar por el cumplimiento del *PIDCP*¹⁵⁷.

artículo 18. 2 que dice : “La artesanía y las industrias rurales serán desarrolladas sin menoscabo del patrimonio cultural de dichas poblaciones y de modo que mejoren sus valores artísticos y sus formas de expresión cultural”; y los artículo 23.1 y 23.3 relativos a la educación en lengua indígena que deberían recibir, de ser posible, los niños pertenecientes a estos pueblos. Todo ello por supuesto debe ser analizado en el contexto general que nos remite a un convenio de inspiración paternalista.

¹⁵² *Declaración de cooperación cultural*, *supra* nota 7, art. 1. También en la *Declaración de Manila sobre el arreglo pacífico de controversias internacionales*, Res. AG 37/10, Doc. of. AG UN, 37ª ses., Doc. NU A/37/590 (1982) 323 se reconoce el derecho de las comunidades indígenas a preservar y desarrollar sus propias tradiciones culturales y la protección de sus expresiones culturales tradicionales contra la explotación o degradación.

¹⁵³ *Convención sobre la protección y promoción de la diversidad de las expresiones culturales*, 20 de octubre de 2005, 2440 R.T.N.U. 8 (entró en vigor : 18 marzo 2007) [*Convención sobre la diversidad de las expresiones culturales*].

¹⁵⁴ *CDN*, *supra* nota 31, art. 30.

¹⁵⁵ Cabe destacar que la Comisión interamericana de derecho humanos, en el caso *Yanomami c. Brasil* (1985), Inter-Am. Comm. H.R. N° 12/85, *Annual Report of the IACHR 1984–1985*, OEA/Ser.L/V/II.66, doc. 10, rev. 1 en la p. 24, invocó precisamente el artículo 27 en favor de los indios brasileños. Refiriéndose a ese artículo, la Comisión sostuvo que el derecho internacional

Sin duda uno de los casos más relevantes para las aspiraciones indígenas por la jurisprudencia que ha sentado es el caso *Ominayak c. Canadá*¹⁵⁸, en el que el Comité de derechos humanos finalmente determinó que el Estado canadiense había vulnerado el artículo 27 al permitir que el gobierno de la provincia de Alberta hubiera concedido contratos para explotaciones de petróleo, de gas y de madera a diversas empresas en el territorio ancestral habitado por la banda indígena del lago Lubicon. El Comité entendió que las concesiones, realizadas sin el consentimiento previo de la banda, habían conllevado un atentado contra la cultura, la organización familiar¹⁵⁹ y los modos de vida tradicionales del grupo indígena en cuestión, con lo que se había vulnerado el artículo 27 del *PIDCP*. Aunque la queja presentada ante el Comité también incluía demandas territoriales y menciones al ejercicio de la libre determinación, de su estatus político y de su desarrollo económico, social y cultural, la libre posesión de sus recursos naturales y el no ser privados de sus medios de subsistencia, finalmente el Comité decidió atender las demandas de los indígenas realizando una interpretación ampliada del artículo 27¹⁶⁰ o de aquellos otros que se podían relacionar con el ejercicio de dicho artículo¹⁶¹ y concretamente del concepto

reconoce el derecho de los grupos étnicos a una protección especial en el empleo de su propia lengua, en la práctica de su propia religión, y en general en todas las características necesarias para la prevención de su identidad cultural.

¹⁵⁶ El Comité también se ha apoyado en los artículos 17 y 23 del *PIDCP*, relacionados con la vida privada y la integridad de la familia. Al respecto cabe mencionar el caso *Francis Hopu y Tepoaitu Bessert c. Francia*, Comunicación nº 549/1993, Doc. of. HCR NU, 60ª ses., Doc. NU CCPR/C/60/D/549/1993/Rev. 1(1997). En este caso el Comité estimó que Francia había vulnerado los derechos mencionados al permitir la construcción de un complejo hotelero en las tierras de los indígenas tahitianos y muy especialmente sobre un cementerio ancestral. Otro caso declarado inadmisibile por no haber agotado los recursos internos, el caso *Vakoume y otras 28 personas c. Francia*, tenía el mismo fondo que el caso *Hopu y Bessert c. Francia*.

¹⁵⁷ *PIDCP*, *supra* nota 4, art. 27. Para un análisis reciente de la jurisprudencia del Comité de derechos humanos en relación con el artículo 27 del Pacto, consúltese Patrick Thornberry, *Indigenous Peoples and Human Rights*, Manchester, Manchester University Press, 2002 en las pp. 151-182 y Raija Hanski y Martin Scheinin, eds., *Leading Cases of the Human Rights Committee*, Åbo, Åbo Academy University, 2003 en las pp. 375-390.

¹⁵⁸ *Ominayak c. Canadá*, *supra* nota 12. Una interpretación de este caso lo encontramos en Nigel S. Rodley, "Conceptual Problems in the Protection of Minorities: International Legal Developments" (1995) 17 Hum. Rts. Q. 48 especialmente en las pp. 61-63 [Rodley].

¹⁵⁹ *Ominayak c. Canadá*, *supra* nota 12, párr. 16.4. En este párrafo de la comunicación se afirma que, en una comunidad indígena, el sistema familiar se desarrolla alrededor de la relación espiritual y cultural con la tierra y el ejercicio de sus actividades tradicionales. Por eso cuando se destruye la tierra y los ecosistemas, se atenta contra la organización familiar de las comunidades indígenas.

¹⁶⁰ Posteriormente, en 1994, en el marco de una Observación general sobre el artículo 27, el Comité interpretó el mismo de manera que incorporaba todos los aspectos necesarios para la supervivencia cultural de los grupos indígenas desde su propia especificidad diferenciada. Entre los aspectos mencionados se encontraban las costumbres del uso de la tierra y el cuidado de la ganadería, la preservación de las instituciones económicas, sociales y políticas indígenas, el lenguaje propio, la cosmovisión y las creencias religiosas particulares. Comité de derechos humanos, *Observación general nº 23: Los derechos de las minorías (art. 27)*, Doc. of. HCR NU, 1994, Doc. NU CCPR/C/21/Rev.1/Add.5.

¹⁶¹ *Ibid.*, párr. 32.2. El Comité afirma que los derechos protegidos por el artículo 27 incluyen los derechos de las personas, en comunidad con otras, a realizar actividades económicas y sociales que son parte de la cultura de la comunidad a la que pertenecen y que las violaciones alegadas en torno a los artículos

de vida cultural. Como se ha señalado, de alguna manera, con este caso el Comité abrió las puertas para las demandas colectivas de violaciones de derechos humanos, superando la norma de las denuncias individuales, al admitir que un grupo de personas, que reclaman sobre una cuestión en la que se encuentran afectados de manera similar, colectivamente interpongan una comunicación alegando la vulneración de sus derechos¹⁶². Con el caso *Ominayak c. Canadá* se asentó un importante precedente que ha servido de guía para otros casos que ha atendido el Comité y para cuya resolución también se ha apoyado en el artículo 27.

Entre ellos cabría mencionar el caso *Kitok c. Suecia*, en el que el concepto de cultura se amplió a las actividades económicas cuando éstas eran fundamentales para la supervivencia cultural del grupo indígena¹⁶³; el caso *Mahuika c. Nueva Zelanda*, en el que se establece por parte del Comité una relación entre las actividades económicas de los Maories, sus prácticas religiosas y su cultura¹⁶⁴; los casos *Länsmann c. Finlandia*¹⁶⁵ y *J. E. Länsmann c. Finlandia*¹⁶⁶, en cuyas resoluciones el Comité entendió que los sistemas tradicionales de la ganadería de los pueblos sami estaban arraigados en la cultura de estas comunidades y por lo tanto estaban protegidos por el artículo 27 del PIDCP; y el caso *Näkkäljärvi c. Finlandia*, en el que se reconoce que la cría tradicional de renos es un elemento clave para la supervivencia cultural de los indígenas sami y por lo tanto ha de ser protegida por el artículo 27¹⁶⁷.

Con ello se ha reconocido que la norma del derecho a la cultura cubre todos los aspectos de la supervivencia de un grupo indígena como comunidad etnocultural diferenciada, considerando que la cultura de los pueblos indígenas comprende instituciones políticas o económicas, formas de uso de tierras, así como el idioma y las prácticas religiosas. A su vez, tanto el Comité, como la Comisión interamericana de derechos humanos se han pronunciado de manera reiterada en el sentido de que el artículo 27 requiere de una acción positiva de los Estados en el marco de las políticas

17 y 23 sólo podrán ser tenidas en cuenta en la medida que se relacionan con el ejercicio del artículo 27.

¹⁶² Mikel Berraondo, "Derecho humano al medio ambiente y pueblos indígenas. Dos derechos con un mismo fin" en Fernando M. Mariño y J. Daniel Oliva Martínez, *Avances en la protección de los derechos de los pueblos indígenas*. Madrid, Dykinson, 2004, 73. Este profesor de la Universidad de Deusto se ha hecho eco de estos casos. Tomamos su trabajo como referencia.

¹⁶³ *Kitok c. Suecia*, *supra* nota 12. Una interpretación de este caso lo encontramos en Rodley, *supra* nota 158 en las pp. 69-70.

¹⁶⁴ *Apirana Mahuika y otros c. Nueva Zelanda*, Comunicación n° 547/1993, Doc. of. HCR NU, 70ª ses., Doc. NU CCPR/C/70/D/547/1993 (1992) en el párr. 9.9.

¹⁶⁵ *Länsmann c. Finlandia*, *supra* nota 12.

¹⁶⁶ *J. E. Länsmann c. Finlandia*, Comunicación n° 671/1995, Doc. of. HCR NU, 56ª ses., Doc. NU CCPR/58/D/671/1995 en los párr. 2.1-2.4; 10.1-10.5.

¹⁶⁷ *Sara Näkkäljärvi, Hirvasvuoptio y Äirelä c. Finlandia*, Comunicación n° 779/1997, Doc. of. HCR NU, 73ª ses., Doc. NU CCPR/C/73/D/779/1997 (1997). El Comité ha analizado dos casos en los que los autores de la comunicación sostenían que sus respectivos Estados, Canadá y Finlandia, también habían violado su derecho a su identidad cultural en virtud de lo dispuesto en el artículo 27 del Pacto. Finalmente el Comité no ha encontrado elementos de juicio que le permitieran concluir que en efecto se habían producido tales violaciones. Vid. *George Howard c. Canadá*, Comunicación n° 879/1999, Doc. of. HCR NU, 84ª ses., Doc. NU CCPR/C/84/D/879/1999 (2005) y Jouni Länsmann, Eino Länsmann y el *Comité de Pastores Muotkatunturi c. Finlandia*, Comunicación n° 1023/2001, Doc. of. HCR NU, 83ª ses., Doc. NU CCPR/C/83/D/1023/2001(2005).

de protección de la identidad cultural de los pueblos indígenas y la desaparición de las estrategias asimilacionistas¹⁶⁸.

Ciertamente el derecho a la identidad cultural es el derecho síntesis por excelencia de entre todos los derechos colectivos que el derecho internacional empieza a reconocer a los pueblos indígenas, y ello se debe a la propia complejidad del concepto de identidad cultural que cuando menos nos remite, más allá de los reconocimientos genéricos, a cuestiones vinculadas con las lenguas indígenas, la educación, la religión y las creencias y, en general, el patrimonio cultural.

El *Convenio 169* acoge en varios de sus artículos esta multidimensionalidad asociada al concepto de identidad cultural de los pueblos indígenas. De esta manera en su artículo 5 hay un reconocimiento de carácter general cuando se señala que :

Al aplicar las disposiciones del presente Convenio : a) deberán reconocerse y protegerse los valores y prácticas sociales, culturales, religiosos y espirituales propios de dichos pueblos y deberá tomarse debidamente en consideración la índole de los problemas que se les plantea tanto colectiva como individualmente; b) deberá respetarse la integridad de los valores, prácticas e instituciones de esos pueblos.¹⁶⁹

Por su parte la *Declaración de las Naciones Unidas* contiene una disposición especialmente interesante en el artículo 8.1 y que está relacionada con la preservación del etnocidio : “Los pueblos y las personas indígenas tienen derecho a no sufrir asimilación forzosa o la destrucción de su cultura”¹⁷⁰. Más adelante, la Declaración recoge entre otras disposiciones que :

Los Estados establecerán mecanismos eficaces para la prevención y el resarcimiento de : a) Todo acto que tenga por objeto o consecuencia privar a los pueblos y las personas indígenas de su integridad como pueblos distintos o de sus valores culturales o su identidad étnica [...] d) Toda forma de asimilación o integración forzada.¹⁷¹

Desde una perspectiva también general, en un contexto interamericano, se dispone acerca de las obligaciones de los Estados para con la identidad cultural

¹⁶⁸ Anaya, “Derechos indígenas”, *supra* nota 51 en las pp. 18-20.

¹⁶⁹ *Convenio 169*, *supra* nota 17, art. 5. El artículo continúa “c) deberán adoptarse, con la participación y cooperación de los pueblos interesados, medidas encaminadas a allanar las dificultades que experimenten dichos pueblos al afrontar nuevas condiciones de vida y de trabajo”. Previamente el artículo 2 había dispuesto : “1. Los gobiernos deberán asumir la responsabilidad de desarrollar, con la participación de los pueblos interesados, una acción coordinada y sistemática con miras a proteger los derechos de esos pueblos y a garantizar el respeto de su integridad; 2. Esta acción deberá incluir medidas [...] b) que promuevan la plena efectividad de los derechos sociales, económicos y culturales de esos pueblos, respetando su identidad social y cultural, sus costumbres y tradiciones, y sus instituciones”.

¹⁷⁰ *Declaración de las Naciones Unidas*, *supra* nota 17, art. 8.1.

¹⁷¹ *Declaración de las Naciones Unidas*, *supra* nota 17, art. 8.2.

diferenciada de los pueblos indígenas. De esta manera ya se ha aprobado por consenso la siguiente redacción del artículo 10 :

1. Los pueblos indígenas tienen derecho a mantener, expresar y desarrollar libremente su identidad cultural en todos sus aspectos, libre de todo intento externo de asimilación. 2. Los Estados no deberán adoptar política alguna de asimilación de los pueblos indígenas ni de destrucción de sus culturas [...] Los pueblos indígenas tienen el derecho a no ser objeto de forma alguna de genocidio o intento de exterminio.¹⁷²

Con relación a la educación y la lengua, el *Convenio 169* dispone con claridad, en torno a la educación bilingüe intercultural, al reconocer el derecho de los niños indígenas “a leer y a escribir en su propia lengua indígena o en la lengua que más comúnmente se hable en el grupo a que pertenezcan”¹⁷³; al incidir en que deberían adoptarse medidas por parte de los Estados y la comunidad internacional “para preservar las lenguas indígenas de los pueblos interesados y promover el desarrollo y la práctica de las mismas”¹⁷⁴ y al disponer acerca de que los libros de historia y el resto del material didáctico deberán ofrecer una descripción equitativa, exacta e instructiva de las sociedades y culturas de los pueblos indígenas¹⁷⁵. En el marco de las negociaciones que tienen lugar en un contexto interamericano, uno de los artículos prácticamente aprobado en la totalidad de su contenido material es aquel destinado a la educación. De esta manera se recoge que :

1. Los pueblos y personas indígenas, en particular los niños y niñas indígenas, tienen derecho a todos los niveles y formas de educación, sin discriminación. 2. Los Estados y los pueblos indígenas [...] promoverán la reducción de las disparidades en la educación entre los pueblos indígenas y los no indígenas.¹⁷⁶

Aún siendo importante lo recogido hasta aquí, lo cierto es que quizás lo más destacado en el ámbito de la Declaración americana tiene que ver con el reconocimiento del derecho de los pueblos indígenas a sus propios sistemas educativos y a formarse con la ayuda de los Estados, especialmente los niños que viven fuera de sus comunidades, en sus propias lenguas y culturas. A su vez los Estados, con el objetivo de terminar con los prejuicios y estigmas socioculturales proyectados sobre los pueblos indígenas, deberán promover las relaciones interculturales armónicas, asegurando en los sistemas educativos estatales currícula con contenidos que reflejen la naturaleza pluricultural y multilingüe de sus sociedades y que impulsen el respeto y el conocimiento de las diversas culturas indígenas¹⁷⁷.

¹⁷² *Texto consolidado de Declaración americana*, supra nota 17, art. 10.

¹⁷³ *Convenio 169*, supra nota 17, art. 28.1.

¹⁷⁴ *Convenio 169*, supra nota 17, art. 28.3.

¹⁷⁵ *Convenio 169*, supra nota 17, art. 31.

¹⁷⁶ *Registro actual de Declaración americana*, supra nota 17, art. 14.1 y art. 14.2.

¹⁷⁷ *Texto consolidado de Declaración americana*, supra nota 17, art. 14.1. La versión consolidada recupera el espíritu y parte de la letra del proyecto original : “Los Estados incluirán en sus sistemas

Aspectos todos ellos de gran relevancia para la autoestima de los pueblos indígenas, que a lo largo de tanto tiempo han sido denominados como salvajes, primitivos, arcaicos, premodernos, atrasados o subdesarrollados en los libros de texto, que los propios niños indígenas estudiaban y en los que se incluían valoraciones muy negativas y repletas de estereotipos acerca de sus culturas.

La *Declaración de las Naciones unidas* también incorpora disposiciones concretas sobre el tema de la educación bilingüe e intercultural¹⁷⁸ a pesar de que éstas son de carácter más general y no se adentran en cuestiones curriculares o los contenidos de los libros de texto. De esta manera se reconoce, tal y como hemos adelantado previamente, que los niños indígenas tienen derecho a todos los niveles y formas de educación del Estado. Todos los pueblos indígenas también tienen este derecho y el derecho a establecer y controlar sus sistemas e instituciones docentes impartiendo educación en sus propios idiomas y en consonancia con sus métodos culturales de enseñanza y aprendizaje. Muy especialmente se reconoce, de manera análoga a la Declaración americana, que los niños indígenas, incluidos los que viven fuera de sus comunidades, deberían tener acceso, cuando fuera posible a la educación en su propia cultura y sus propios idiomas¹⁷⁹.

La *Declaración de las Naciones unidas* profundiza en la cuestión de la revitalización cultural y la lucha contra los prejuicios y los estereotipos al reconocer que :

1. Los pueblos indígenas tienen derecho a que la dignidad y diversidad de sus culturas, tradiciones, historias y aspiraciones queden debidamente reflejadas en la educación pública y los medios de información públicos.
2. Los Estados adoptarán medidas eficaces, en consulta y cooperación con los pueblos indígenas interesados, para combatir los prejuicios y 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.¹⁸⁰

educativos nacionales, contenidos que reflejen la naturaleza intercultural, multiétnica y multilingüe de sus sociedades. Los pueblos indígenas tienen derecho a una educación intercultural bilingüe que incorpore la cosmovisión, historia, conocimiento, valores, prácticas espirituales y formas de vida propias”.

¹⁷⁸ Como bien ha puesto de manifiesto Rodolfo Stavenhagen unos de los grandes desafíos es “cómo lograr [en la práctica] que la escolarización bilingüe sea también verdaderamente bicultural o intercultural. De la misma manera en que los niños en el medio urbano-industrial aprenden formalmente su propia cultura “nacional”, así también los niños en las escuelas indígenas deben aprender sus propias culturas, aparte de lo que aprendan acerca de la “sociedad total”. Esto plantea tareas formidables a los planificadores de la educación en cuanto a desarrollo curricular, preparación de textos y de materiales audiovisuales, etcétera. Los indígenas han estado reclamando el derecho de establecer y controlar sus propias instituciones educativas, lo que significa controlar sus propios currícula y contenidos educativos. Esto se ha conseguido en algunos países y se cuenta ya con experimentos educativos interesantes”. Stavenhagen, “Los derechos indígenas”, *supra* nota 147 en la p. 54.

¹⁷⁹ *Declaración de las Naciones Unidas*, *supra* nota 17, art. 14. Vid. Daes, *Informe*, *supra* nota 150 en el párr. 7. “A fin de proteger y preservar su patrimonio, los pueblos indígenas deben controlar sus propias formas de transmisión cultural y educación. Eso incluye su derecho a seguir usando y, cuando sea aplicable, a recuperar su propia lengua y ortografía.”

¹⁸⁰ *Declaración de las Naciones unidas*, *supra* nota 17, art. 15.

Más allá de los derechos educativos el derecho a la identidad cultural también incorporaría, según se recoge en un ámbito interamericano, el derecho a preservar, usar, desarrollar, revitalizar y transmitir a generaciones futuras sus propias historias, lenguas, tradiciones orales, filosofías, sistemas de conocimientos, escritura, y literatura; y a designar y retener sus propios nombres para sus comunidades, miembros y lugares¹⁸¹.

Y de manera más general: “Los pueblos indígenas tienen 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 nombres a sus comunidades, lugares y personas y mantenerlos”¹⁸².

En cuanto a las creencias, la religión y la preservación de los lugares sagrados, es quizás la Declaración americana, que viene negociándose, en la redacción del *Texto consolidado de Declaración americana* para la discusión, la que más incide en esta cuestión al disponer que :

1. Los pueblos indígenas y sus miembros tienen derecho a la libertad de pensamiento, conciencia, espiritualidad y religión o creencia, y de manifestarlas tanto en público como en privado, individual o colectivamente. 2. Los Estados tomarán las medidas necesarias para prohibir los intentos de convertir o imponer creencias a los pueblos indígenas o a sus miembros sin su consentimiento libre e informado. 3. Los Estados adoptarán las medidas necesarias, en consulta con los pueblos indígenas, para preservar, respetar y proteger sus sitios y objetos sagrados, incluidos sus lugares de sepultura, restos humanos y reliquias. 4. Los Estados y sus instituciones garantizarán el respeto del conjunto de la sociedad a la integridad de los símbolos, prácticas, ceremonias sagradas, expresiones y protocolos espirituales indígenas.¹⁸³

¹⁸¹ El artículo fue aprobado por consenso el 24 de enero de 2007. El artículo también hace mención al papel que han de jugar los medios de comunicación instando a los Estados a tomar “medidas para promover que la transmisión de programas de radio y televisión en lengua indígena, particularmente en regiones de presencia indígena”. Previamente se había reconocido el derecho de los pueblos indígenas a desarrollar todos sus sistemas y medios de comunicación, incluidos sus propios programas de radio y televisión, y a acceder a todos los demás medios de comunicación e información”. Al respecto la *Declaración de las Naciones unidas*, *supra* nota 17, art. 16 : “1. Los pueblos indígenas tienen derecho a establecer sus propios medios de información en sus propios idiomas y a acceder a todos los demás medios de información no indígenas sin discriminación alguna. 2. Los Estados adoptarán medidas eficaces para asegurar que los medios de información públicos reflejen debidamente la diversidad cultural indígena. Los Estados, sin perjuicio de la obligación de asegurar plenamente la libertad de expresión, deberán alentar a los medios de comunicación privados a reflejar debidamente la diversidad cultural indígena”.

¹⁸² *Ibid.*, art. 13.1.

¹⁸³ *Texto consolidado de Declaración americana*, *supra* nota 17, art. 15. Es la versión adaptada y ampliada del *Proyecto original de Declaración americana*, *supra* nota 17, art. 10.

Actualmente el artículo se encuentra redactado de manera diferente y ha sido modificado. Muchas de sus disposiciones permanecen entre corchetes por la falta de acuerdo al respecto.

Por su parte la *Declaración de las Naciones unidas* reconoce que :

Los pueblos indígenas tienen derecho a manifestar, practicar, desarrollar y enseñar sus tradiciones, costumbres y ceremonias espirituales y religiosas; a mantener y proteger sus lugares religiosos y culturales y a acceder a ellos privadamente, a utilizar y controlar los objetos de culto, y a obtener la repatriación de sus restos humanos [y los] Estados procurarán 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 interesados.¹⁸⁴

El derecho a la identidad cultural diferenciada de los pueblos indígenas que viene siendo reconocido internacionalmente incluye también derechos específicos sobre su patrimonio cultural relacionado con el control permanente sobre todos los elementos del mismo, reservándose el derecho de determinar de qué manera se van a utilizar los conocimientos compartidos. Este derecho colectivo a gestionar su patrimonio se ha considerado como un derecho fundamental para la identidad, supervivencia y desarrollo de los pueblos indígenas¹⁸⁵.

Según se recogió en un informe especial de las Naciones unidas englobaríamos dentro del concepto de patrimonio cultural indígena a

todos los objetos, lugares y conocimientos, inclusive lenguas, cuya naturaleza o carácter se hayan transmitido de generación en generación y que se consideren como pertenecientes a un determinado pueblo o a su territorio de uso natural tradicional. El patrimonio de los pueblos indígenas incluye también los objetos, lugares, conocimientos y obras literarias o artísticas que puedan crearse o redescubrirse en el futuro inspirados en esa herencia [...] todos los bienes culturales muebles, definidos en las convenciones pertinentes de la UNESCO; todos los tipos de obras literarias y artísticas como música, baile, canciones, ceremonias, símbolos y diseños, narración y poesía; y todas las formas de documentación de los pueblos indígenas o sobre ellos; todo tipo de conocimientos científicos, agrícolas, técnicos y ecológicos, incluidas las innovaciones basadas en esos conocimientos, cultígenos, remedios, medicinas y el uso de la flora y de la fauna; restos humanos; bienes culturales inmuebles como lugares sagrados, emplazamientos de valor cultural, natural e histórico y enterramientos.¹⁸⁶

¹⁸⁴ *Declaración de las Naciones unidas*, supra nota 17, art. 12.1 y 12.2.

¹⁸⁵ Daes, *Informe*, supra nota 150 en los párr. 26 y ss.

¹⁸⁶ Comisión de derechos humanos, Subcomisión de promoción y protección de los derechos humanos, *Los derechos humanos de las poblaciones indígenas. Informe del seminario sobre el proyecto de principios y directrices para la protección del patrimonio de los pueblos indígenas*, Doc. of., 52º ses., Anexo I en los párr. 12-13, Doc. NU E/CN.4/2000/26 (2000).

El patrimonio cultural de los pueblos indígenas tiene un carácter colectivo y de corresponsabilidad para con la comunidad, el entorno y el medio ambiente. De esta manera el patrimonio no es un patrimonio individualizado (no debe confundirse la responsabilidad individual de aquellas personas encargadas de custodiar o guardar cada canción, relato, nombre o medicamento, con una propiedad individual) que pueda ser compartido sin el previo consentimiento del grupo, la familia, el clan, la tribu (o cualquier otro grupo de parentesco)¹⁸⁷.

Más allá de las referencias generales incorporadas en el capítulo 26 de la Agenda 21¹⁸⁸ surgida tras la Cumbre de medio ambiente y desarrollo de Río de Janeiro o el artículo 8.J del *Convenio sobre la diversidad biológica*¹⁸⁹, donde más claramente aparece reflejado el contenido material del derecho a la preservación del patrimonio cultural como parte integrante del derecho a la identidad cultural de los pueblos indígenas, es en las declaraciones que nos sirven de referencia. En un contexto interamericano se afirma que :

Los pueblos indígenas tienen derecho al reconocimiento y a la propiedad, control, desarrollo y protección de su patrimonio cultural a través de regímenes especiales que contemplen la naturaleza comunitaria de dicha propiedad [...] tienen asimismo derecho a la protección legal de dicho patrimonio a través de patentes, marcas comerciales, derechos de autor y otros procedimientos generales de la propiedad intelectual. El patrimonio de los pueblos indígenas comprende, entre otros, el conocimiento, diseños y procedimientos ancestrales, las manifestaciones artísticas, espirituales, tecnológicas, científicas y biogénéticas, así como los conocimientos y desarrollos propios relacionados con la utilidad y cualidades de las plantas medicinales.¹⁹⁰

Sobre el importante tema de la restitución de los bienes culturales y restos humanos, expoliados y robados a los pueblos indígenas a lo largo de la historia, y de la que la relatora e Daes nos proporciona algunos ilustrativos ejemplos¹⁹¹, se ha ocupado la *Declaración de las Naciones unidas*. En efecto el artículo dedicado al patrimonio cultural además de reconocer que los pueblos indígenas tienen un derecho general a practicar y revitalizar sus tradiciones y costumbres culturales, y disponer

¹⁸⁷ *Ibid.*, en los párr. 26-29.

¹⁸⁸ “Agenda 21” en *Informe de la conferencia de las Naciones unidas sobre el medio ambiente y el desarrollo*, 3-14 de junio de 1992, chap. 26 (A/CONF.151/26 (Vol. II)). En el apartado b) del párrafo 26.4. se pide a los Estados que adopten “políticas o instrumentos jurídicos apropiados que protejan la propiedad intelectual y cultural indígenas”.

¹⁸⁹ *Convenio sobre la diversidad biológica*, 5 de junio de 1992, 1760 R.T.N.U. 79, art. 8.J (entró en vigor : 29 de diciembre de 1993).

¹⁹⁰ *Texto Consolidado de Declaración americana*, *supra* nota 17, art. 28. El artículo no ha podido ser aprobado por el momento y aparece entre corchetes.

¹⁹¹ Daes, *Informe*, *supra* nota 150 en los párr. 48-53, en el que se tratan diversos ejemplos que afectan a pueblos indígenas que vieron como se vulneraban en el pasado sus derechos sobre el patrimonio cultural y que en el presente han iniciado reclamaciones al respecto con diferente nivel de éxito : los alutiq de Larsen Bay en Alaska; los pawnee de Salina en Kansas o los inupiat en Barrow (Alaska); los aymaras de Coroma, Bolivia; los irouca de Canadá; los mikmaq de Canadá y los lakotas (sioux) de Estados Unidos.

acerca de que también deben ver garantizado “el derecho a mantener, proteger y desarrollar las manifestaciones pasadas, presentes y futuras de sus culturas, como lugares arqueológicos e históricos, objetos, diseños, ceremonias, tecnologías, artes visuales e interpretativas y literarias”¹⁹² incorpora el derecho a la restitución de los bienes culturales. Concretamente recoge que :

Los Estados proporcionarán reparación por medio de mecanismos eficaces, que podrán incluir la restitución, 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.¹⁹³

No obstante donde más claramente está recogido el derecho al patrimonio cultural de los pueblos indígenas es en el artículo 31 de la *Declaración de las Naciones Unidas*, que establece que estos pueblos

tienen derecho a mantener, controlar, proteger y desarrollar su patrimonio cultural, sus conocimientos tradicionales, sus expresiones culturales tradicionales y las manifestaciones de sus ciencias, tecnologías y culturas, comprendidos los recursos humanos y genéticos, las semillas, las medicinas, el conocimiento de las propiedades de la fauna y la flora, las tradiciones orales, las literaturas, los diseños, los deportes y juegos tradicionales, y las artes visuales e interpretativas. También se incluiría el derecho a mantener, controlar, proteger y desarrollar su propiedad intelectual de dicho patrimonio cultural, sus conocimientos tradicionales y sus expresiones culturales tradicionales.¹⁹⁴

A tenor de lo analizado hasta aquí podemos concluir que el contenido material del derecho a la identidad cultural diferenciada de los pueblos indígenas está bien clarificado en el derecho internacional que lo reconoce en instrumentos consolidados y otros por aprobar así como en conclusiones e informes de los órganos internacionales encargados de velar por el cumplimiento de las obligaciones convencionales de los Estados en materia de derechos humanos. Los pueblos indígenas tienen derecho a : desarrollar su propia cultura, religión, creencias y su propio sistema de conocimientos; proteger y preservar su patrimonio; controlar sus medios de transmisión cultural y de educación en su propia lengua y ortografía y ejercer un control directo sobre aquellas grabaciones, estudios, utilización o exposición de su patrimonio material o inmaterial. A su vez, se reconoce un derecho de restitución de los bienes o restos expoliados a las comunidades indígenas.

Los sujetos que han de garantizar este derecho síntesis a la identidad cultural diferenciada de los pueblos indígenas, que son por supuesto los Estados, pero también

¹⁹² *Declaración de las Naciones Unidas*, supra nota 17, art. 11.1.

¹⁹³ *Ibid.*, art. 11.2.

¹⁹⁴ *Ibid.*, art. 31.1.

las organizaciones internacionales, los institutos de investigación, las empresas e industrias, muy especialmente las empresas farmacéuticas y las industrias culturales, los museos y los medios de comunicación, así como los coleccionistas privados, deberían velar por su cumplimiento. En definitiva, podemos concluir que este derecho a la identidad cultural de los pueblos indígenas, que se ha volcado con diferentes niveles de profundidad en cuanto a su contenido material, en los ordenamientos internos de muchos Estados¹⁹⁵, es un derecho consolidado en el derecho internacional.

Más allá de los reconocimientos normativos textuales o de las interpretaciones favorables a su reconocimiento de los organismos de derechos humanos, lo cierto es que la práctica de los Estados y las observaciones expuestas en el marco del, ya desaparecido, Grupo de trabajo de las Naciones unidas, de la OEA, del Foro permanente, del Fondo indígena y otros ámbitos internacionales o regionales relevantes en materia indígena, por parte de los gobiernos, nos llevan a concluir que la norma de integridad y diferencia cultural de los pueblos indígenas, relacionada con el aseguramiento de la supervivencia y el fortalecimiento de las culturas indígenas, forma parte ya del derecho internacional consuetudinario de nuestro tiempo y se constituye, más allá de las opiniones divergentes de algunos Estados, como la dimensión cultural del derecho a la libre determinación de estas comunidades etnoculturales diferenciadas.

5. LOS DERECHOS TERRITORIALES DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS

Debemos recordar que los pueblos indígenas mantienen una estrecha relación con sus tierras que cubre importantes aspectos sociales, espirituales y culturales. Esta relación es básica para la supervivencia de los pueblos indígenas como grupos diferenciados con sus propias creencias, costumbres, tradiciones y cosmovisiones¹⁹⁶. Ello nos lleva a afirmar que, en gran medida, el reconocimiento de sus derechos territoriales es un aspecto fundamental para la vigencia y vitalidad de las culturas indígenas¹⁹⁷, y a establecer de partida una clara relación de

¹⁹⁵ Al respecto cabe mencionar, entre otros, *Constitución de la nación Argentina*, 1994, art. 75; *Constitución de la República federativa de Brasil*, 1988, art. 231, 210, 242.1 y 215; *Constitución política del Estado de Bolivia*, 2009, art. 30; *Constitución política de la República de Costa Rica*, 1949, art.1, 2, 3 y 76; *Constitución política de Colombia*, 1991, art. 10, 68 y 72; *Constitución política de la República del Ecuador*, 2008, art. 84; *Constitución política de la República de Guatemala*, 1985, art.18, 66 y 140; *Constitución de la República de Paraguay*, 1992, art. 18, 66 y 140; *Constitución política de los Estados Unidos Mexicanos*, 1917, art. 4; *Constitución política del Perú*, 1993, art. 17, 48 y 89; *Constitución de la República Filipina*, 1987, art. 4; y *Constitución de Finlandia*, 1999, art. 51(a).

¹⁹⁶ La dimensión territorial de la libre determinación de los pueblos indígenas es muy importante y está relacionada con el derecho al territorio. A continuación nos adentramos precisamente en el contenido material del derecho la tierra y a los territorios que empieza a ser reconocido, con mayores resistencias, por parte de los Estados que el derecho a la integridad cultural (inseparable uno de otro) en el derecho internacional.

¹⁹⁷ Sobre la norma internacional a los derechos territoriales indígenas puede consultarse Anaya, "Los pueblos", *supra* nota 41 en las pp. 202-218; Lee Swepston y Roger Plant, "International Standards and The Protection of the Land Rights of Indigenous and Tribal Populations" (1985) 124 : 1 *International Labour Review* 91; S. James Anaya y Robert Williams Jr., "The Protection of Indigenous Peoples'

complementariedad entre los derechos culturales y los derechos territoriales, así como entre éstos y el derecho a la libre determinación de los pueblos indígenas, del que los dos primeros, se conformarían como dimensiones de aplicación. Por supuesto el control sobre la tierra y, en su caso sobre el territorio, tiene una relación indiscutible con las posibilidades de desarrollo autónomo de los pueblos indígenas.

Así se ha venido recogiendo, explícita o implícitamente, en el *Convenio 169*¹⁹⁸, en la *Declaración de Naciones Unidas*¹⁹⁹ y el *Texto consolidado de Declaración americana*²⁰⁰ y lo han puesto de manifiesto el Comité de derechos humanos, el Comité para la eliminación de la discriminación racial²⁰¹, la Comisión o la Corte interamericana de derechos humanos. En sus comentarios, informes, recomendaciones o sentencias relacionados con pueblos indígenas y con cuya intervención se ha venido afirmando la norma por la cual los pueblos indígenas tienen derecho a una relación constante con las tierras y recursos naturales de acuerdo con las pautas tradicionales de uso y ocupación²⁰², derecho de propiedad colectiva y

Rights over Lands and Natural Resources under the Inter-American System” (2001) 14 Harv. Hum. Rts. J. 33. Para un estudio oficial sobre los problemas a los que se enfrenta la tenencia indígena de la tierra desde una perspectiva comparada, véase Erica-Irène A. Daes, *Los pueblos indígenas y su relación con la tierra: Documento de trabajo final preparado por la Relatora Especial*, Doc. of. CDH NU, 53ª ses., Doc. NU E/CH.4/Sub.2/2001/25 (2001).

¹⁹⁸ *Convenio 169*, *supra* nota 17, art. 13-19.

¹⁹⁹ *Declaración de las Naciones Unidas*, *supra* nota 17, art. 25-30

²⁰⁰ *Texto consolidado de Declaración americana*, *supra* nota 17, preámbulo y art. 24 Este artículo se encuentra entre paréntesis en el documento que recoge el estado actual de procesos de negociación, lo que indica la falta de acuerdo sobre su contenido.

²⁰¹ A lo largo de sus años de operatividad el Comité ha sido conocedor de las dificultades de los pueblos indígenas en diferentes Estados y finalmente en 1997 adoptó: Comité para la eliminación de la discriminación racial, *Observación general nº 23: Los derechos de las poblaciones indígenas*, Doc. of. HCR NU, 1997, Doc. NU HRI/GEN/1/Rev.9 [CEDR, *Observación general nº 23*]. En la misma se parte de la premisa de que: “El Comité es consciente del hecho de que en muchas regiones del mundo los pueblos indígenas han sido, y todavía lo son, discriminados, privados de sus derechos humanos y libertades fundamentales y, en particular, que han perdido sus tierras y recursos en manos de los colonos, compañías comerciales y empresas estatales. Consecuentemente, la preservación de su cultura y de su identidad ha sido, y todavía lo es, puesta en peligro”. Por todo ello el Comité exhortaba a los Estados Partes a “a) que reconozcan y respeten la cultura, la historia, el idioma y el modo de vida de las poblaciones indígenas como un factor de enriquecimiento de la identidad cultural del Estado y garanticen su preservación; b) garanticen que los miembros de las poblaciones indígenas sean libres e iguales en dignidad y derechos y libres de toda discriminación, en particular la que se base en el origen o la identidad indígena; c) proporcionen a las poblaciones indígenas las condiciones que les permitan un desarrollo económico y social sostenible, compatible con sus características culturales; d) garanticen que los miembros de las poblaciones indígenas gocen de derechos iguales con respecto a su participación efectiva en la vida pública y que no se adopte decisión alguna directamente relacionada con sus derechos e intereses sin su consentimiento informado; e) garanticen que las comunidades indígenas puedan ejercer su derecho a practicar y reavivar sus tradiciones y costumbres culturales y preservar y practicar su idioma”. Por último el Comité recomendaba a los Estados a “que reconozcan y protejan los derechos de las poblaciones indígenas a poseer, explotar, controlar y utilizar sus tierras, territorios y recursos comunales, y en los casos en que se les ha privado de sus tierras y territorios sin el consentimiento libre e informado de aquellas poblaciones, que adopten medidas para que les sean devueltos. Únicamente cuando, por razones concretas, ello no sea posible, se sustituirá el derecho a la restitución por el derecho a una justa y pronta indemnización, la cual en la medida de lo posible, deberá ser en forma de tierras y territorios”.

²⁰² Anaya, “Derechos indígenas”, *supra* nota 51 en la p. 26.

posesión sobre las tierras que han ocupado tradicionalmente²⁰³, derecho a no ser desalojados de las tierras que ocupan y a preservar sus procedimientos para la transmisión de derechos sobre la tierra entre sus miembros²⁰⁴.

Desde nuestro entorno académico, la profesora Soledad Torrecuadrada García-Lozano ha reflexionado sobre la importancia que para los pueblos indígenas tienen sus derechos territoriales pues si bien aquellos “pretenden obtener el reconocimiento de sus derechos colectivos, entre todos ellos destaca la reivindicación de las formas de posesión, transmisión, utilización y acceso a sus tierras ancestrales”²⁰⁵.

En efecto el control territorial y el acceso a los recursos son uno de los aspectos centrales de la libre determinación de los pueblos indígenas de todo el mundo pues, como se nos recuerda, “cada comunidad indígena necesita poder ser capaz de conservar, usar y organizar libremente sus recursos para asegurar su supervivencia a través de las generaciones”²⁰⁶.

Como adelantábamos, la jurisprudencia internacional ha sentado importantes precedentes sobre los derechos territoriales de los pueblos indígenas. Debemos hacer mención a la sentencia del caso *Awas Tingni (contra Nicaragua)* que hoy por hoy se ha convertido, por ser pionera en este ámbito, en un referente en el estudio de los derechos de los pueblos indígenas²⁰⁷. La importancia de la sentencia estriba en que

²⁰³ *Convenio 169*, *supra* nota 17, art. 13.

²⁰⁴ *Ibid.*, art. 15.

²⁰⁵ García-Lozano, *supra* nota 77 en la p. 101.

²⁰⁶ Andrew Gray, “La defensa territorial como base del autodesarrollo indígena”, editorial, *Asuntos Indígenas* n°4 (octubre/noviembre/diciembre 1994) en la p. 2 [Gray].

²⁰⁷ Diversos trabajos se han adentrado en la trascendencia del caso *Awas Tingni*, entre ellos: S. James Anaya y Todd Crider, “Indigenous Peoples, The Environmental and Commercial Forestry in Developing Countries: The Case of *Awas Tingni, Nicaragua*” (1996) 18 *Hum. Rts. Q.* 345; S. James Anaya, “The *Awas Tingni* Petition to the Inter-American Commission on Human Rights: Indigenous Rights, Loggers and Government Neglect in Nicaragua” (1996) 9 *St. Thomas Law Review* 157; María Luisa Acosta, “El Estado y la tierra indígena en las regiones autónomas: El caso de la Comunidad Mayagna de *Awas Tingni*”, en *Memoria II Seminario internacional sobre administración de justicia y pueblos indígenas*, San José, IIDH, 1999; Jennifer A. Amiot, “Environment, Equality, and Indigenous Peoples’ Land Rights in the Inter-American Human Rights System: Mayagna (Sumo) Indigenous Community of *Awas Tingni v. Nicaragua*” (2002) 32 *Envtl. L.* 873; S. James Anaya y Claudio Grossman, “El caso *Awas Tingni v. Nicaragua*: Un hito paso en el derecho internacional de los pueblos indígenas”, en Felipe Gómez Isa, ed., *El caso Awas Tingni vs. Nicaragua: Nuevos horizontes para los derechos humanos de los pueblos indígenas*, Bilbao, Universidad de Deusto, 2003, 11 (versión en inglés en (2002) 19: 1 *Arizona Journal of International and Comparative Law* 1); S. James Anaya y Theodor Macdonald, “Demarcating Indigenous Territories in Nicaragua: The Case of *Awas Tingni*” (1995-1996) 19: 3 *Cultural Survival Quarterly* 69; Mikel Berraondo, “El caso *Awas Tingni*: La esperanza ambiental indígena”, en Gómez Isa, ed., *El caso Awas Tingni vs. Nicaragua*, Bilbao, Universidad de Deusto, 28; Robert T. Coulter, *Caso Awas Tingni: la Corte interamericana de derechos humanos y el derecho colectivo de los pueblos indígenas a su tierra y recursos naturales*, Doc. of OEA OAS/GTDADIN/doc. 97/02 (2002); Armstrong Wiggins, “El caso *Awas Tingni* o el futuro de los derechos territoriales de los pueblos indígenas en la Costa Atlántica de Nicaragua” *Revista Wani: Revista del Caribe Nicaragüense* n° 30 (Julio-Septiembre de 2002), 6; María Luisa Acosta, “El Estado y la tierra indígena en las regiones autónomas: El caso de la comunidad Mayagna de *Awas Tingni*, en Nicaragua” en Assies Willem, Gemma Van der Haar y H. Hoekema H., eds, *El reto de la diversidad, pueblos indígenas y reforma del Estado en Latinoamérica*, México, Colegio de

inició la jurisprudencia relativa a los derechos de propiedad colectiva de los pueblos indígenas así como a las obligaciones de los Estados a reconocer estas formas de propiedad, y de adoptar medidas específicas para su protección, de acuerdo a los usos consuetudinarios y tradiciones de explotación de la tierra y aprovechamiento de los recursos naturales que vienen manejando los pueblos indígenas. La sentencia reconoció de manera directa –es decir sin hacerlo en relación con la vulneración de otros derechos humanos- la titularidad colectiva de los derechos de los pueblos indígenas, superando así la limitación de las concepciones liberales y el iusprivatismo. A su vez, y éste es desde luego uno de los elementos más novedosos, estableció una estrecha relación entre la dimensión espiritual y cultural del uso y ocupación del territorio para los pueblos indígenas en cuanto parte integrante de la vida comunitaria²⁰⁸.

Cabe mencionar al respecto algunos pasajes de la sentencia por su propia trascendencia :

Dadas las características del presente caso, es menester hacer algunas precisiones respecto del concepto de propiedad en las comunidades indígenas. Entre los indígenas existe una tradición comunitaria sobre una forma comunal de la propiedad colectiva de la tierra, en el sentido de que la pertenencia de ésta no se centra en un individuo sino en el grupo y su comunidad. Los indígenas por el hecho de su propia existencia tienen derecho a vivir libremente en sus propios territorios; la estrecha relación que los indígenas mantienen con la tierra debe ser reconocida y comprendida como la base fundamental de sus culturas, su vida espiritual, su integridad y su supervivencia económica. Para las comunidades indígenas la relación con la tierra no es meramente una cuestión de posesión y producción, sino un elemento material y espiritual del que deben gozar plenamente, inclusive para preservar su legado cultural y transmitirlo a las generaciones futuras.²⁰⁹

Todo ello ha servido para sentar un precedente al respecto, de gran trascendencia para el derecho internacional de los pueblos indígenas, desde una interpretación evolutiva, progresiva e indudablemente innovadora del derecho de propiedad consagrado en la *Convención americana*²¹⁰. No debemos olvidar al respecto que el artículo 21 de la Convención se refiere al derecho a la propiedad

Michoacán, 1999; María Luisa Acosta, “La condena de la CIDH a Nicaragua en el caso *Awas Tingni* y el poder judicial” (2001), en línea : Alertanet-portal de derecho y sociedad <<http://www.derechoysociedad.org>> y Luis Rodríguez-Piñero, “El caso *Awas Tingni* y la norma internacional de propiedad indígena de las tierras y recursos naturales”, en Fernando M. Mariño y J. Daniel Oliva Martínez, *Avances en la protección de los derechos de los pueblos indígenas*, Madrid, Dykinson S. L., 2004, 221 [Rodríguez-Piñero]. El caso ha sido seguido muy de cerca por los pueblos indígenas de todo el continente. Al respecto puede consultarse Patrick Macklem y Ed Morgan, “Indigenous Rights in the Inter-American System : The Amicus Brief of the Assembly of First Nations in *Awas Tingni* versus R. Nicaragua” (2000) 22 : 2 Hum. Rts. Q. 569.

²⁰⁸ Al respecto podemos recordar el voto razonado conjunto de los jueces A. A. Cançado Trindade, M. Pacheco Gómez y A. Abreu Burelli en *Awas Tingni (Nicaragua)*, *supra* nota 15 en los párr. 8-10.

²⁰⁹ *Ibid.*, en el párr. 149.

²¹⁰ *Convención americana*, *supra* nota 14, art. 21.

privada, articulado en términos individuales, desde una concepción limitada a las formas de propiedad propias de la tradición liberal, al referirse al derecho al uso y goce de sus bienes de toda persona²¹¹. Ahora bien como así reconoció el Juez Sergio Ramírez en su voto razonado concurrente :

Obviamente, no existe sólo un modelo de uso y goce de bienes. Cada pueblo, conforme a su cultura, intereses, aspiraciones, costumbres, características y creencias puede instituir cierta versión del uso y goce de los bienes. En suma, se trata de conceptos históricos que deben ser examinados y entendidos desde esta misma perspectiva. En diversos países de América, los grupos étnicos indígenas, cuyos antepasados –pobladores originales del Continente- construyeron antes de la conquista y colonización instituciones jurídicas que se mantienen vigentes, en cierta medida, establecieron especiales relaciones de hecho y de derecho a propósito de la tierra que poseían y de la que obtenían sus medios de subsistencia. Estas figuras jurídicas, que traducen el pensamiento y el sentimiento de sus creadores [...] han sobrevivido hasta nuestros días. Diversas legislaciones nacionales las han reasumido y cuentan con el respaldo de sendos instrumentos internacionales, que reivindican los intereses legítimos y los derechos históricos de los primitivos habitantes de América y de sus sucesores. En ese caso se halla el régimen de la propiedad indígena, que no excluye otras formas de propiedad o tenencia de la tierra –producto de un proceso histórico y cultural diferente-, sino que concurre con ellas en la formación del amplio y plural espacio de los derechos con que cuentan los habitantes de diversos países americanos. Este conjunto de derechos que se hallan comunicados por coincidencias esenciales –la idea nuclear del uso y aprovechamiento de los bienes- pero muestran asimismo diferencias importantes –sobre todo en orden a la disposición final de esos bienes- constituyen el sistema de propiedad que caracteriza a la mayoría de nuestros países. Desconocer las versiones específicas del derecho al uso y goce de los bienes que consagra el artículo 21 de la Convención Americana, y pretender que únicamente existe una forma de usar y disfrutar de los bienes, equivaldría a negar a millones de personas la tutela de ese precepto, sustrayéndolos así del reconocimiento y la protección de derechos esenciales, que se brindan, en cambio, a las demás personas [y] se establecería una desigualdad contraria a las convicciones y a los propósitos que inspiran el sistema continental de derechos humanos.²¹²

La sentencia obliga a los Estados a establecer una serie de garantías que permitan el goce efectivo del derecho de propiedad colectiva de los pueblos indígenas, entre ellas muy especialmente la titulación y demarcación de las tierras de acuerdo a su derecho consuetudinario. Como bien se ha señalado, la estela dejada por

²¹¹ *Declaración americana de derechos y deberes del hombre*, Res. OEA XXX, Conferencia internacional americana, 9ª ses., Doc. OEA/Ser.L.V/IL82 doc.6 rev.1 (1948), art. 23. “Toda persona tiene derecho a la propiedad privada”.

²¹² El voto razonado concurrente del Juez Sergio Ramírez en sus párrafos 11 al 13 puede consultarse en Gómez Isa, *supra* nota 15 en las pp. 272-279.

el caso *Awás Tingni (Nicaragua)* se convertirá en un referente cardinal para la defensa de los derechos de los pueblos indígenas²¹³.

La sentencia tardó en cumplirse (no se ha cumplido plenamente), lo que llevó a intervenir, indirectamente, a otros órganos internacionales, como el Comité para la eliminación de la discriminación racial²¹⁴. Lo cierto es que la misma ha servido de referente para nuevas sentencias que ha dictado la Corte interamericana de derechos humanos con posterioridad.

En años posteriores se produjeron otros fallos en la línea de reconocer derechos colectivos a la tierra a los pueblos indígenas. En el *caso de la comunidad Moiwana (Surinam)*²¹⁵, la Corte interamericana de derechos humanos encontró responsable al Estado de Surinam por la denegación de justicia continuada en perjuicio de los supervivientes de la comunidad Moiwana quienes habían sufrido un ataque del ejército que mató a más de 40 personas y habían sido privados, como consecuencia de dicha matanza, de sus tierras tradicionales. En este caso, a su vez los representantes de las víctimas argumentaron que las violaciones por el Estado del derecho a la propiedad eran continuadas y que Surinam no había establecido las medidas legislativas necesarias para asegurar sus derechos a la tenencia de la tierra. En la sentencia de fondo y reparaciones del 15 de junio de 2005, la Corte ordenó que el Estado tomara todas las medidas legislativas, administrativas y de cualquier otra índole para asegurar a los miembros de la comunidad sus derechos de propiedad colectiva sobre sus territorios ancestrales de los que fueron expulsados. La Corte también expresó que los miembros de la comunidad eran los legítimos propietarios de sus tierras tradicionales a pesar de que no tuviesen el reconocimiento oficial o los títulos de propiedad. Concretamente el alto tribunal exigió al Estado que adoptase

todas las medidas legislativas, administrativas y de cualquier otra índole necesarias para asegurar a los miembros de la comunidad su derecho de propiedad sobre los territorios tradicionales de los que fueron expulsados y asegurar, por lo tanto, el uso y goce de esos territorios. Estas medidas deben incluir la creación de un mecanismo efectivo para delimitar, demarcar y titular dichos territorios tradicionales.²¹⁶

También debemos mencionar dos sentencias diferentes que han condenado a un mismo Estado, en este caso a Paraguay. Nos estamos refiriendo a las sentencias

²¹³ Rodríguez-Piñero, *supra* nota 207 en la p. 248.

²¹⁴ En efecto a petición del Programa de derechos y políticas indígenas de la Facultad de derecho de la Universidad de Arizona, en representación de la comunidad Awás Tingni, en la que se detallaba la situación de desprotección de dicha comunidad como consecuencia del incumplimiento de la sentencia de la Corte interamericana, el Comité para la eliminación de la discriminación racial, envió una carta dentro de los procedimientos de urgencia y alerta temprana al Estado de Nicaragua con fecha de 18 de agosto de 2006. Vid. Mackay, *supra* nota 31.

²¹⁵ *Caso de la comunidad Moiwana (Surinam)* (2005) Inter-Am. Ct. H.R. (Ser. C) n° 124, en el párr. 86(6), [*Moiwana (Surinam)*].

²¹⁶ *Ibid.*, en el párr. 209.

sobre el caso de la comunidad indígena *Yakye Axa (Paraguay)*²¹⁷ y el caso de la comunidad indígena *Sawhoyamaxa (Paraguay)*²¹⁸. En la primera de ellas del 17 de junio de 2005, la Corte reconoció derechos territoriales, instó al Estado paraguayo a restituir los territorios tradicionales de la comunidad que habían sido indebidamente ocupados, a demarcar los límites de aquellas tierras comunitarias, así como a atender a la población en materia de servicios básicos²¹⁹. La Corte interamericana estableció una clara relación entre la identidad cultural y la memoria histórica colectiva de la comunidad indígena *Yakye Axa* y sus territorios tradicionales. A su vez, desde un enfoque holístico reconoció el derecho de propiedad colectiva sobre aquellos territorios tradicionales y a los recursos naturales ligados a su cultura teniendo presentes las expresiones tradicionales, el derecho consuetudinario, la filosofía y los valores de dichas comunidades. A partir de estos argumentos los jueces coincidieron en la opinión generalizada de que el Estado debía entregar de forma definitiva la tierra tradicional.

En la segunda sentencia sobre el caso *Sawhoyamaxa (Paraguay)* (cuyo fallo se produjo el 29 de marzo de 2006), la Corte interamericana encontró responsable al Estado paraguayo de la muerte de 18 niños de la comunidad indígena demandante que habían fallecido por enfermedades curables al no haber recibido la asistencia social y sanitaria necesaria, reconoció igualmente derechos territoriales y, como en el caso anterior, encomendó la demarcación de las tierras comunitarias y la restitución de los terrenos que habían sido ocupados sin el consentimiento de la comunidad que había sufrido una suerte de desplazamiento interno²²⁰. A su vez, en una línea parecida a la de la sentencia del caso *Yakye Axa (Paraguay)*, la Corte requirió una acción inminente del Estado paraguayo en materia de servicios básicos en beneficio de la comunidad²²¹. La Corte interamericana se mostró especialmente sensible por ante la realidad de subdesarrollo, alta vulnerabilidad, indigencia y abandono institucional (de raíces históricas) en las que sobrevivía la comunidad. Nos interesa especialmente resaltar como el alto tribunal interamericano estableció claramente la relación entre la preservación cultural de la comunidad y la necesidad de que se devolvieran sus territorios tradicionales.

Esta sentencia sirvió al profesor Cançado Trindade para reforzar la idea, que viene manejando ya desde hace tiempo y que ante mencionábamos, sobre la relación entre identidad cultural y derecho a la vida, agregándose, en este caso concreto la importancia de la relación de los pueblos indígenas con sus territorios tradicionales. En su opinión :

En lo que concierne a los miembros de comunidades indígenas, la identidad cultural se encuentra estrechamente vinculada a sus tierras ancestrales. Si se les privan de estas últimas, mediante su desplazamiento

²¹⁷ *Caso de la comunidad indígena Yakye Axa (Paraguay)* (2005), Inter-Am. Ct. H.R. (Ser. C) n° 125 [*Yakye Axa (Paraguay)*]. Esta sentencia viene reforzar la precedente.

²¹⁸ *Caso de la comunidad indígena Sawhoyamaxa (Paraguay)* (2006), Inter-Am. Ct. H.R. (Ser. C) n° 146 [*Sawhoyamaxa (Paraguay)*].

²¹⁹ *Yakye Axa (Paraguay)*, *supra* nota 217 en los párr. 211-218; 221.

²²⁰ *Sawhoyamaxa (Paraguay)*, *supra* nota 218 en los párr. 117-144; 150-178.

²²¹ *Ibid.*, en el párr. 230.

forzado, se afecta seriamente su identidad cultural y, en última instancia, su propio derecho a la vida *lato sensu*, o sea, el derecho a la vida de cada uno y de todos de los miembros de cada comunidad.²²²

El instrumento internacional más importante en materia de pueblos indígenas se ha ocupado extensamente de los derechos territoriales. Por supuesto nos estamos refiriendo al *Convenio 169* de la OIT. Este Tratado, además de disponer que “los pueblos [indígenas] no deberán ser trasladados de las tierras que ocupan”²²³, especifica el derecho de estos grupos humanos a participar en el uso, manejo y conservación de los recursos naturales relativos a sus tierras²²⁴. Ahora bien, como adelantábamos el derecho al territorio va más allá de los posibles beneficios materiales provenientes de los recursos e incorpora otros factores los cuales incluyen tanto su identidad colectiva como su bienestar espiritual. Así lo recoge el artículo 13.1 del *Convenio 169* que dispone :

Al aplicar las disposiciones de esta parte de la Convenio, los gobiernos deberán respetar la importancia especial que para las culturas y valores espirituales de los pueblos interesados reviste su relación con las tierras o territorios, o con ambos, según los casos, que ocupan o utilizan de alguna manera, y en particular los aspectos colectivos de esta relación.²²⁵

Por lo tanto, como se ha señalado, los contenidos materiales de los derechos territoriales de los pueblos indígenas están conectados, básicamente, con la protección y el aprovechamiento de las tierras comunales con fines económicos pero también culturales.

Los conceptos más valiosos que se vienen definiendo al respecto en el derecho internacional de los derechos de los pueblos indígenas en formación (y también en los ordenamientos internos²²⁶)

están vinculados con la definición genérica de los espacios territoriales, su protección especial, la prohibición de venta (inajenabilidad), la provisión de nuevas tierras, y las diferentes formas de usufructo del suelo y del subsuelo o de los recursos renovables y no renovables (concepto que se

²²² *Sawhoyamaxa (Paraguay)*, *supra* nota 218 en el párr. 28 del voto razonado del Juez A.A. Cançado Trindade.

²²³ *Convenio 169*, *supra* nota 17, art.16.1.

²²⁴ *Ibid.*, art. 15.1.

²²⁵ *Ibid.*, art. 13.1.

²²⁶ Cabe recordar muy especialmente la *Constitución política del Estado de Bolivia*, 2009, art. 30, 289-296; *Constitución de la República federativa del Brasil*, 1988, art. 231-232; *Constitución política de Colombia*, 1991, art. 286, 329-330; *Constitución política de la República del Ecuador*, 1998, art. 84.2-84.5; y *Constitución de la República bolivariana de Venezuela*, 1999, art. 119-120, 181 y 307, las que más claramente recogen disposiciones concretas sobre los derechos territoriales de los pueblos indígenas.

incluye la participación de los indígenas en la explotación de los recursos naturales que se encuentran en su hábitat).²²⁷

Como podemos apreciar los derechos territoriales van, por lo tanto, mucho más allá de los derechos individuales e incluso de los derechos colectivos a la propiedad de la tierra. El territorio es un

concepto abarcador que conecta el suelo, el subsuelo, el aire, las aguas, el hielo marino y otros recursos naturales de acuerdo a un espectro de diferentes facetas de la vida indígena. Por ejemplo, además del control político sobre el acceso a los recursos, los pueblos indígenas tienen lazos económicos y sociales con la tierra, lo cual influye en su organización comunal y sus métodos de producción. En adición a esto, en el paisaje que los rodea muchos pueblos indígenas ven su historia y mitología plasmadas en la forma de los sitios sagrados.²²⁸

El *Convenio 169* es claro al respecto : “La utilización del término *tierras* en los artículos 15 y 16 deberá incluir el concepto de territorios, lo que cubre la totalidad del hábitat de las regiones que los pueblos interesados ocupan o utilizan de alguna otra manera”²²⁹.

Disposiciones parecidas encontramos en la *Declaración de las Naciones unidas* ya aprobada y en la Declaración americana en proceso de discusión.

Tres son los elementos principales que están incorporados en los derechos territoriales de los pueblos indígenas que empiezan a ser reconocidos en el ordenamiento internacional. Por un lado, el holismo, entendiendo que el territorio indígena, como hemos situado, es un marco fundamentador de la existencia cultural diferenciada de los pueblos indígenas y por lo tanto de la diversidad que estos pueblos en su conjunto representan; la inalienabilidad, relacionada con la ocupación originaria de aquel territorio y que cuestiona el derecho exclusivo del Estado a disponer de los recursos naturales que allí se encuentren; y por último, la responsabilidad colectiva que los pueblos indígenas tienen sobre un territorio, lo cual no significa que los individuos no puedan poseer tierras y recursos para su propio uso, pero esa propiedad individual deberá estar basada en un consenso colectivo²³⁰.

Ante lo expuesto parece que nos encontramos ante un norma internacional en construcción : el derecho a los territorios de los pueblos indígenas, tremendamente conflictiva y de gran potencial transformador, puesto que su contenido material y los principios fundamentales, tomados directamente de la práctica y la cosmovisión de los pueblos indígenas, en gran medida contradicen “la visión tradicional que los

²²⁷ Cletus Gregor Barié, *Pueblos indígenas y derechos constitucionales en América latina : Un panorama*, 2ª ed., La Paz, Banco mundial, 2003 en la p. 551 [Barié].

²²⁸ Gray, *supra* nota 206 en la p. 2.

²²⁹ *Convenio 169*, *supra* nota 17, art. 13.2.

²³⁰ Gray, *supra* nota 206 en la p. 2.

Estados-nacionales han guardado de la soberanía”²³¹. En efecto, a lo largo de la historia, los Estados han establecido el principio de derechos de propiedad limitada que pueden intercambiarse como otros factores de producción, basando sus políticas y legislaciones territoriales sobre la premisa de mercados de tierras abiertos y libres y la promoción de la tenencia individual²³². En consecuencia, la tierra está sujeta a ser poseída, o bien por individuos o bien por grupos, pero existen limitaciones acerca de la subdivisión y del uso de los recursos que están estrechamente relacionados con el mercado o con el denominado interés nacional²³³.

Todo ello da lugar a una serie de paradojas que debemos tomar en cuenta y que los derechos territoriales reconocidos por el derecho internacional estarían llamados a resolver: la oposición suelo / subsuelo, mediante la cual el Estado habitualmente otorga derechos sobre la tierra, pero se reserva para sí el derecho a los recursos del subsuelo; la oposición tierra (suelo) / fauna y flora, según la cual se otorgan derechos sobre el terreno, pero se restringe el uso de los recursos naturales sobre el mismo; la oposición tierra /agua, mediante la cual la tenencia de la tierra no implica la tenencia de agua; y la oposición tierras baldías o del Estado / posesión territorial, mediante la cual, las tierras sometidas a alguna forma extensiva de manejo de los recursos naturales no son consideradas como utilizadas²³⁴.

En la práctica, la implementación de políticas y la protección legal nacional e internacional de los territorios indígenas es limitada. Esto se debe a que las autoridades no reconocen generalmente a los pueblos indígenas como competentes para definir sus propias tierras o a que en ocasiones interfieren otros obstáculos externos e intereses de otras entidades, personas o grupos empresariales (madereros, mineros, petroleros) que pretenden explotar las riquezas de aquellos territorios²³⁵. Esto conduce a serios problemas o a interferencias en el proceso de reconocimiento y, sobre todo, de protección de los derechos territoriales indígenas y a la titulación y demarcación, en la práctica, de aquellas tierras²³⁶. Elemento este último, el de la demarcación, que es un elemento clave para el aseguramiento del disfrute de este derecho según ha reconocido la Corte interamericana de derechos humanos en las recientes sentencias mencionadas. El *Convenio 169* también ha sido muy claro al disponer que “[l]os gobiernos deberán tomar las medidas que sean necesarias para determinar las tierras que los pueblos interesados ocupan tradicionalmente y garantizar la protección efectiva de sus derechos de propiedad y posesión”²³⁷.

²³¹ Barié, *supra* nota 227 en la p. 551.

²³² Roger Plant y Soren Hvalkof, *Titulación de tierras y pueblos indígenas*, Washington, BID, 2002 en la p. 36 [Plant y Hvalkof].

²³³ Jorge E. Urquillas, *Tendencias y características del desarrollo indígena en América Latina*, Banco mundial, Región de América y el Caribe en la p. 9.

²³⁴ Adriana Hurtado y Enrique Sánchez, “Introducción-Documento de Reflexión y Síntesis. Situación de propiedad, aprovechamiento y manejo de los recursos naturales en los territorios indígenas en áreas bajas de selva tropical” en *Derechos Territoriales Indígenas y Ecología*, Bogotá, Gaia Fundación, 1992.

²³⁵ Gray, *supra* nota 206 en la p. 2.

²³⁶ Plant y Hvalkof, *supra* nota 232.

²³⁷ *Convenio 169*, *supra* nota 17, art. 14.2.

En ese contexto no debe de extrañarnos por lo tanto que los derechos territoriales indígenas sean objeto de permanente discusión en los marcos de concertación en los que vienen discutiéndose el proyecto de Declaración interamericana y que probablemente hayan servido de justificación a los Estados que se opusieron a la aprobación de la *Declaración sobre los derechos de los pueblos indígenas*. De hecho, muchos son los gobiernos que han manifestado sus reticencias a la hora de asumir el término territorio, pues consideran que podría tener implicaciones ilimitadas para los pueblos indígenas derogatorias de la soberanía del Estado²³⁸ y muchas son las organizaciones indígenas que han insistido sobre la importancia que tiene el elemento estructurante del concepto territorio para su existencia sociocultural diferenciada. Pese a esas dificultades conceptuales y elementos conflictivos asociados a la protección efectiva de los derechos territoriales indígenas, lo cierto es que su reconocimiento y delimitación material y conceptual avanza en el ordenamiento internacional, lo que viene acompañado de acciones concretas en los ámbitos internos por parte de algunos Estados.

Cabe concluir que los contenidos materiales de los derechos territoriales de los pueblos indígenas, que no se discuten y se reconocen sin excesivas reticencias por parte de los Estados, están vinculados concretamente “al derecho de la propiedad de, o a un contro sustancial sobre y acceso a, las tierras y recursos naturales que tradicionalmente han sustentado sus respectivas economías y prácticas culturales”²³⁹. Allí donde los pueblos indígenas han sido desposeídos de sus tierras tradicionales o han perdido el acceso a los recursos naturales a través de la coacción o el fraude, el derecho internacional establece obligaciones a los Estados para que establezcan procedimientos que permitan a los grupos indígenas afectados recuperar las tierras y el acceso a los recursos que necesiten para su subsistencia y prácticas culturales y, en circunstancias apropiadas, a recibir una compensación²⁴⁰. Los pueblos indígenas no podrán ser desplazados sin su consentimiento previo –más adelante volveremos sobre esta cuestión- salvo en casos excepcionales y los Estados tenderán a demarcar con precisión los territorios de estas comunidades. Entendemos que todos ellos son contenidos materiales incorporados a los derechos territoriales de los pueblos indígenas reconocidos internacionalmente que no admiten discusión. Muchas más reticencias y, por lo tanto, normas no consolidadas son las relacionadas con el control sobre los recursos y muy especialmente sobre los recursos del subsuelo, así como con el consentimiento previo, que se requeriría para realizar extracciones petrolíferas o de otra índole en los territorios indígenas.

Pese a las dificultades, lentamente avanza en el derecho internacional de los pueblos indígenas el reconocimiento limitado de los derechos a la tierra y los derechos territoriales que han de constituir, junto a los otros derechos colectivos que aquí venimos analizando, los puntos de partida interrelacionados que habrán de

²³⁸ Anaya, “Derechos indígenas”, *supra* nota 51 en la p. 27.

²³⁹ Anaya, “Los derechos”, *supra* nota 40 en la p. 718. También aparece recogido en <http://www.mapuexpress.net/images/publications/24_7_2008_22_17_46_1.doc> en la p. 15.

²⁴⁰ Anaya, “Los derechos”, *supra* nota 40 en la p. 718.

facilitar la libre determinación y el reforzamiento de la identidad cultural de estas comunidades diferenciadas.

6. EL DERECHO AL DERECHO PROPIO

Existen una serie de factores que contribuyen directamente a la discriminación de los pueblos indígenas en la administración de justicia. Entre ellos podríamos mencionar retomando las conclusiones de un seminario internacional realizado en España: la negación histórica y persistente de los derechos de los pueblos indígenas; el creciente desequilibrio y desigualdad en sus derechos económicos, sociales y culturales; el fracaso de los sistemas ordinarios de justicia en el reconocimiento y protección de sus territorios ancestrales; la discriminación por las autoridades del sistema judicial como la policía y los tribunales, que da lugar a que los pueblos indígenas sean más fácilmente arrestados y detenidos antes de juicio y a que sean condenados a penas privativas de libertad. También la existencia de sistemas culturalmente inapropiados para la administración de justicia, con participación limitada o nula de indígenas como policías, abogados, jueces y otros funcionarios dentro del sistema; y el fracaso para dotar a los pueblos indígenas de igualdad ante la ley, acceso a la justicia y el derecho a un juicio justo, debido a la falta de servicios de traducción disponibles en todas las fases del sistema de administración de justicia y a la falta de capacidad para proporcionar una adecuada representación legal²⁴¹.

A su vez, debido a los procesos de aculturación, la agresión externa, los desplazamientos, la migración forzada, la violencia política o el asesinato de las autoridades indígenas, se ha producido un debilitamiento de los sistemas jurídicos indígenas. Todavía en muchos contextos se produce una criminalización de las prácticas culturales y jurídicas indígenas, así como la persecución o el encarcelamiento de las autoridades por administrar justicia y aplicar su derecho, por parte de las agencias del Estado. Por otro lado, a pesar de los avances en los que a continuación nos adentraremos, se produce todavía en la actualidad, en muchos países, una falta de reconocimiento oficial (constitucional y legislativo) del derecho y de la jurisdicción indígena (incluyendo el derecho consuetudinario) y, como consecuencia de todo ello, se subordina el derecho indígena a la jurisdicción ordinaria o federal. En todo caso se limita la jurisdicción indígena al conocimiento de casos menores, y siempre bajo la revisión y/o homologación de la jurisdicción ordinaria y sometida al control del Estado. También cabe destacar que se requiere la implementación de mecanismos y procedimientos de articulación democrática (coordinación o compatibilización) entre jurisdicción ordinaria y la indígena en los Estados que han reconocido el derecho y la jurisdicción indígena. En la gran mayoría de los casos, los agentes estatales, jueces y operadores, desconocen las decisiones y actos emanados de las autoridades indígenas, así como la cultura y los procedimientos internos de las comunidades o incluso los derechos que les han sido reconocidos a los

²⁴¹ *Conclusiones del Seminario internacional sobre pueblos indígenas y administración de justicia*, Madrid, UNED, 12-14 de noviembre de 2003.

pueblos indígenas por el derecho internacional, las constituciones o las leyes nacionales²⁴².

Cabe destacar por último que la discriminación contra los pueblos indígenas en la administración de justicia puede ser indirecta y resultado de la aplicación de leyes aparentemente neutrales e incluso benignas, pero que tienen un impacto desproporcionadamente negativo sobre los pueblos indígenas²⁴³.

Lo expuesto en los párrafos anteriores nos sitúa ante un problema relacionado con la administración de justicia y los pueblos indígenas que empieza a ser objeto de una tímida regulación internacional. De esta manera, junto a los derechos de autogobierno, al autodesarrollo, a la tierra y los territorios, a la consulta y a la identidad cultural, se viene produciendo en el derecho internacional un reconocimiento de la capacidad de autorregulación de los pueblos indígenas, es decir la capacidad de producir normas que regulen sus relaciones sociales, económicas, políticas, familiares y culturales y la capacidad de autorresolución de los conflictos que puedan surgir al interior de sus comunidades y que conlleven el incumplimiento o vulneración de las normas mencionadas. El derecho internacional se abre así, paulatinamente y no sin la resistencia manifiesta de algunos Estados²⁴⁴, a la aceptación y reconocimiento de la dimensión jurídica de la libre determinación de los pueblos indígenas que empieza a tomar forma en un derecho al derecho propio en todas sus expresiones.

Este derecho al que nos referimos tiene un antecedente indirecto –aunque sea lejano– en el reconocimiento del derecho familiar y la organización social propia que asumió la Corte interamericana de derechos humanos en el caso *Aloeboetoe y otros (Surinam)*²⁴⁵ en una sentencia relativa a la reparación de los sucesores de las siete víctimas, indígenas cimarrones, producidas por una incursión del ejército nacional en la comunidad en diciembre de 1987. En el pueblo cimarrón prima una estructura familiar matrilineal, afianzada en la poligamia y una norma consuetudinaria de la herencia que no se correspondía con el derecho familiar surinamés, el cual no era efectivo. La sentencia dispuso que :

La única cuestión que aquí interesa consiste en saber si las leyes de Suriname relativas a derecho de familia se aplican a la tribu Saramaca. En este sentido, las pruebas producidas permiten deducir que las leyes de

²⁴² *Ibid.*

²⁴³ *Ibid.*

²⁴⁴ Durante nuestra participación en el ya desaparecido Grupo de trabajo de las Naciones unidas y en otros foros internacionales sobre pueblos indígenas (especialmente el Fondo indígena), los representantes de diversos Estados manifestaron insistentemente su reticencia al reconocimiento de un derecho al derecho indígena. Algunos argumentos expresados podrían resumirse en que no puede haber fueros para ningún grupo; la ley debe ser igual para todos; no se trata de reconocer los sistemas jurídicos de los pueblos indígenas, sino de mejorar y fortalecer un sistema jurídico único y la complicada cuestión de las garantías para los derechos individuales de hombres y especialmente mujeres y niños en los sistemas jurídicos propios de los pueblos indígenas.

²⁴⁵ *Caso Aloeboetoe y otros (Surinam)* (1993) Reparaciones y costas, Inter-Am. Ct. H.R. (Ser. C) n° 12 [*Aloeboetoe (Surinam)*].

Suriname sobre esa materia no tienen eficacia respecto de aquella tribu; sus integrantes las desconocen y se rigen por sus propias reglas.²⁴⁶

La sentencia, siguiendo en gran medida el criterio de la Comisión interamericana²⁴⁷, reconoció el derecho de resarcimiento y reparaciones según el derecho consuetudinario de la comunidad. De esta manera, en base al artículo 63 de la *Convención americana*²⁴⁸, la Corte ordenó al Estado que las reparaciones fueran asignadas a la unidad familiar matriarcal siguiendo la costumbre del pueblo indígena. Esta es la parte más importante y novedosa de la sentencia, puesto que se consideró que las reparaciones debían realizarse sobre la base de la ley o del derecho familiar de los cimarrones y no en base a la ley surinamesa, lo que constituyó un precedente en el reconocimiento del derecho consuetudinario indígena²⁴⁹. Este y otros principios establecidos por la Corte, vinculados a la aceptación del pluralismo normativo, son aplicables a todos los casos similares en América y, en gran medida, están inspirando las negociaciones sobre la Declaración americana de derechos indígenas²⁵⁰. Ahora bien lo cierto es que, tal y como hemos apuntado, el derecho al derecho propio de los pueblos indígenas va más allá del mero reconocimiento de las normas consuetudinarias, del derecho familiar o de organización interna en las comunidades indígenas.

En efecto esta temática emergente está vinculada a la exigencia de que un reconocimiento activo, auténtico y real del pluralismo étnico y cultural y del derecho a la autodeterminación de los pueblos indígenas, en contextos de democracia,

²⁴⁶ *Ibid.*, en el párr. 58.

²⁴⁷ *Ibid.*, en el párr. 1. La petición del caso *Aloeboetoe (Surinam)* fue presentada a la Comisión en enero de 1988 y subsiguientemente transmitida a la Corte el 27 de agosto de 1990. La Comisión concluyó, en abril 1991, que Surinam había violado los artículos 1, 2, 4(1), 5 (1), 5(2), 7(1), 7(2), 7 (3), 25(1) y 25 (2) de la *Convención americana*.

²⁴⁸ *Convención americana*, *supra* nota 14, art. 63. Este artículo autoriza a la Corte para ordenar resarcimientos en caso de que se compruebe que han existido violaciones de derechos humanos recogidos en la Convención.

²⁴⁹ Para un análisis en detalle del caso puede consultarse entre otros David J. Padilla, "Reparations in Aloeboetoe versus Suriname" (1995) 17 : 3 Hum. Rts. Q. 541 y Richard Price, "Executing Ethnicity : The Killings in Suriname" (1995) 10 : 4 Cultural Anthropology 437 .

²⁵⁰ *Texto consolidado de Declaración americana*, *supra* nota 17, art. 16.1. La versión consolidada de la Declaración, que data de 2003 y que ha venido sirviendo de base para las reuniones entre representantes indígenas y delegados gubernamentales, recoge que : "La familia indígena debe ser respetada y protegida por la sociedad y el Estado. El Estado reconocerá las distintas formas indígenas de familia, particularmente la familia extensa, de unión matrimonial, de filiación, de nombre familiar, y demás derechos de la familia indígena. Estas formas de organización familiar indígenas deberán ser respetadas por las personas públicas y privadas". *Registro actual de Declaración americana*, *supra* nota 17, art. 16.1. Finalmente el artículo ha quedado como sigue : "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."

conlleva el reconocimiento del pluralismo jurídico²⁵¹ en aquellas naciones con población indígena en las que nos encontramos con la existencia simultánea de diversos sistemas de regulación social y resolución de conflictos que están justificados por la existencia de diversas culturas, cada una con su propia identidad y racionalidad para concebir el orden, la seguridad, la igualdad y la justicia²⁵².

Además tal y como se ha señalado :

el reconocimiento del derecho consuetudinario indígena, o sea de las autoridades, normas y prácticas legales de los pueblos indígenas, es un elemento esencial para ampliar el acceso de los ciudadanos a la justicia. Esto puede contribuir a una mayor identificación de la población con el sistema judicial y por lo tanto aumentar la legitimidad del mismo.²⁵³

Podemos definir el derecho indígena como el

conjunto de normas y reglas de comportamiento y de convivencia social que contribuyen a la integración de una sociedad, al mantenimiento del orden interno y a la solución de conflictos, incluyendo un sistema de sanciones para quienes violen esas normas, que no ha sido creado por el estado en ejercicio de su poder soberano a través de sus órganos correspondientes sino por la costumbre inmemorial del pueblo.²⁵⁴

Cabe destacar que, frente a las prácticas punitivas y el castigo que predominan en el derecho estatal, en el derecho indígena predominan (sin caer en una idealización excesiva) las prácticas preventivas y mecanismos alternativos de resolución de conflictos como la conciliación, la búsqueda del consenso, la mediación

²⁵¹ Para una aproximación al paradigma del pluralismo jurídico puede consultarse Carlos Ochoa García, *Derecho consuetudinario y pluralismo jurídico*, Guatemala, Cholsamaj, 2002 en las pp. 97 y ss [Ochoa García]. Quizás quien mejor se ha adentrado en esta cuestión haya sido B. de Sousa Santos, “On Modes of Production of Social Power and Law” (1985) 13 *Int’l J. Soc. L.* 299; B. de Sousa Santos, “Law : A Map of Misreading. Toward a Postmodern Conception of Law” (1987) 14 : 3 *J.L. & Soc’y* 279; B. de Sousa Santos, *La globalización del derecho*, Bogotá, ILSA, 1998 y B. de Sousa Santos, *Estado, derecho y luchas sociales*, Bogotá, ILSA, 1991. El pluralismo jurídico nos enseña que en un mismo espacio geopolítico (el Estado-nación), existen y circulan, eficazmente, diferentes sistemas legales. Éstos son una pluralidad de centros legales o fuentes de órdenes normativos. El Estado es uno de esos centros, uno importante por supuesto, pero existe dentro de un mundo jurídico policéntrico, donde cada espacio aspira a ser exclusivo y a tener el monopolio del control de la acción social. “Pluralismo jurídico y los derechos indígenas en América latina” *América indígena* n° 1-2 (1999). Para un análisis bien sistematizado del pluralismo jurídico por supuesto también deberíamos citar el excelente trabajo de André-Jean Arnaud y María José Fariñas, *Sistemas jurídicos : Elementos para un análisis sociológico*, Madrid, Universidad Carlos III, 1996, especialmente en las pp. 272 y ss.

²⁵² Francisco López Bárcenas, “El derecho indígena y la teoría del derecho” en *Memoria del II Seminario internacional sobre administración de justicia y pueblos indígenas*, San José, IIDH, 1999 en las pp. 259-284

²⁵³ Rachel Sieder, “La justicia y la democracia en América Latina” en Jorge Sorales, ed., *Pluralidad Jurídica en el umbral del siglo*, Guatemala, FLACSO, 2000 en la p. 44 [Sieder].

²⁵⁴ Rodolfo Stavenhagen, *Derecho indígena y derechos humanos en América latina*, México, Instituto interamericano de derechos humanos, 1988 en la p. 99.

o la restitución, que pueden ser una opción preferible, más justa y eficaz²⁵⁵. De alguna manera, el derecho indígena podría ser un sistema de justicia complementario del derecho estatal²⁵⁶. A pesar de que tradicionalmente han sido muchas las reticencias que se han proyectado sobre el derecho consuetudinario de los pueblos indígenas – reticencias relacionadas con la hegemonía de cierta ideología jurídica que no concebía la coexistencia de varios sistemas normativos en un mismo territorio y que sólo otorgaba reconocimiento al derecho emanado del poder soberano representado por el Estado que se presentaba como el único ente con capacidad de sanción basado en la coacción- lo cierto es que los avances internacionales en la materia y la práctica de los Estados empiezan a reconocer que el derecho indígena existe. Es más, empieza a aceptarse que la capacidad de autorregulación de los pueblos indígenas está estrechamente relacionada con la posibilidad de autodeterminación interna que se reconoce de manera general a estas comunidades por el derecho internacional.

De esta manera el reconocimiento del derecho al derecho indígena viene exigiendo y está unido a la reconceptualización de la tradicional visión monista²⁵⁷, que en los ordenamientos internos se ha venido manejando del derecho que únicamente emana de los Estados, y la apertura hacia una concepción más flexible y pluralista, como un conjunto de normas de poder coercitivo y producidas por autoridades soberanas cuya eficacia y validez está relacionada con su vigencia, en el caso que nos ocupa al interior de las comunidades indígenas, y su aceptación y observación por los miembros de las citadas comunidades²⁵⁸.

²⁵⁵ Sieder, *supra* nota 253 en la p. 45.

²⁵⁶ Al respecto, destaco por su interés la propuesta del honorable Jefe de justicia de la nación de los Navajos, Sistemas legales de pueblos indígenas, ejemplos, experiencias y medidas gubernamentales, administrativas y judiciales para vincular el derecho consuetudinario en los sistemas nacionales de justicia, Seminario Internacional sobre Pueblos Indígenas y Administración de Justicia, “Legal Pluralism and the Recognition of Indigenous Customary Law : Separate but Complementary”, Madrid, UNED, 12-14 de noviembre de 2003.

²⁵⁷ Nos estamos refiriendo aquí a la clásica división kelseniana en la cual toda norma no producida por el Estado es contemplada como mera costumbre, como una práctica aislada sin relevancia jurídica real. Desde la visión monista, el Estado quiere asumir el monopolio sobre la producción legal en la sociedad y establece los umbrales regulatorios para determinar qué es derecho y lo que pertenece o no a su dominio.

²⁵⁸ Muchos estudios se han desarrollado acerca de la eficacia del derecho indígena entre comunidades concretas o grupos poblacionales indígenas bien identificados. Entre otros muchos puede consultarse Ochoa García, *supra* nota 251 en las pp. 195-251; Francisco López Barcenas “Derecho y justicia en el Estado de Oaxaca” en Antonio Peña Jumpa, ed., *Constituciones, derecho y justicia en los pueblos indígenas de América latina*, Lima, Universidad católica del Perú, 2002 en las pp. 171-283; Jorge Alberto González Galván, *El derecho consuetudinario de las culturas indígenas de México*, México, UNAM, 1994; Antonio Peña Jumpa “Justicia y derecho en las comunidades aymaras - Perú” en A. Peña Jumpa, ed., *Constituciones, derecho y justicia en los pueblos indígenas de América latina*, Lima, Universidad Católica del Perú, 2002 en las pp. 285-409 (en el que su autor analiza el poder judicial comunal aymara) y Jorge Solares, ed., *Pluralidad jurídica en el umbral del siglo*, Guatemala, FLACSO, 2000. Un trabajo general lo encontramos en John Borrows y Leonard Rotman, *Aboriginal Legal Issues*, Markham (On.) Butterworths, 1998. También cabría citar las comunicaciones presentadas al Seminario internacional sobre pueblos indígenas y administración de justicia, Madrid, UNED, 12-14 de noviembre de 2003/256. Destacamos las de Francisca M. Claver, *Governmental Experiences in Incorporating Indigenous Laws and Practices into the Justice System : The Philippine Indigenous People Rights Act: Focusing on Title Issuances and The Free and Prior Informed Consent*, Doc. of. CES NU, 56ª ses. Anexo tema II, Doc. NU HR/MADRID/IP/SEM/2003/BP. 12 (2004);

Desde esta propuesta lo cierto es que el derecho internacional no ha hecho sino proceder al reconocimiento de un derecho alternativo, que existe al interior de los países y que viene resolviendo, tradicionalmente, dependiendo de los niveles de asimilación o integración de los pueblos indígenas en la cultura nacional desde faltas leves hasta delitos de homicidio, utilizando preceptos jurídicos y procedimientos que han ido evolucionando con el tiempo y que son los restos de un derecho antiguo que se ha nutrido a lo largo de la historia de las prácticas jurídicas de los poderes coloniales y de los Estados independientes.

Dos cuestiones nos interesan muy especialmente en el análisis del contenido material del derecho al derecho propio que empieza a incorporarse al derecho internacional de los pueblos indígenas. Por un lado conviene hacer referencia a que el reconocimiento del derecho propio exige no una mera aceptación del derecho consuetudinario de los pueblos indígenas, sino una aceptación y un reconocimiento activo de la capacidad jurisdiccional de las autoridades indígenas judiciales. Como bien ha señalado Vicente Cabedo, cuyas argumentaciones tenemos muy presentes en esta parte del trabajo, “ambas caras del pluralismo jurídico son del todo punto imposibles de escindir”²⁵⁹.

Por otro lado es necesario referirnos de manera específica a la cuestión de los límites y los sistemas de coordinación entre las disposiciones del derecho internacional, el derecho interno y el derecho indígena²⁶⁰, cuestión muy trabajada por la experta peruana Raquel Yrigoyen cuyos trabajos también constituyen la base de algunas de nuestras propuestas. Y es que en efecto podemos intuir que el derecho al derecho propio puede entrar en conflictos de competencia entre la jurisdicción

Mariana Yumbay, *El ejercicio de la administración de justicia indígena en el Ecuador*, Doc. of. CES NU, 56ª ses., Anexo tema I, Doc. NU HR/MADRID/IP/SEM/2003/BP.17 (2004); Francisco Raymundo Hernández, *Documento del derecho maya*, Doc. of. CES NU, 56ª ses., Anexo tema II, Doc. NU (2004); M. Hassan Idbalkssm, *Les peuples autochtones et l'administration de la justice : Les pré-noms amazighs et l'administration de la justice au Maroc*, Doc. of. CES NU, 56ª ses., Anexo tema I, Doc. NU HR/MADRID/IP/SEM/2003/BP.15 (2004); Elia Avendaño, *Situación de los derechos de los pueblos indígenas en México*, Doc. of. CES NU, 56ª ses., Anexo tema II, Doc. NU HR/MADRID/IP/SEM/2003/BP.27 (2004); Shankar Limbu, *Nepalese Indigenous Peoples and their Access in the Administration of Justice System in the Context of Nepal*, Doc. of. CES NU, 56ª ses., Anexo tema I, Doc. NU HR/MADRID/IP/SEM/2003/BP.10 (2004); Bill Jonas, *Recognizing Aboriginal Customary Law and Developments in Community Justice Mechanisms*, Doc. of. CES NU, 56ª ses., Anexo tema I, Doc. NU HR/MADRID/IP/SEM/2003/BP.26 (2004); Ekaterina Khmeleva y Mikhail Todyshev, *Indigenous Peoples and the Justice System in Russia*, Doc. of. CES NU, 56ª ses., Anexo tema I, Doc. NU HR/MADRID/IP/SEM/2003/BP.9 (2004); Jimai Montiel, *Defensa pública penal e indígena*, Doc. of. CES NU, 56ª ses., Anexo tema I, Doc. NU HR/MADRID/IP/SEM/2003/BP.8 (2004); S. James Anaya, *Indigenous Justice Systems and Customary Law in the United States : Between Colonization and Self-Determination*, Doc. of. CES NU, 56ª ses., Anexo tema II, Doc. NU HR/MADRID/IP/SEM/2003/BP.7 (2004); Maureng Tong, *Indigenous Peoples and the Administration Justice : The South African Case Study*, Doc. of. CES NU, 56ª ses., Anexo tema II, Doc. NU HR/MADRID/IP/SEM/2003/BP.2 (2004).

²⁵⁹ Vicente Cabedo, “Análisis de las Constituciones políticas latinoamericanas” en Antonio Peña Jumpa, ed., *Constituciones, derecho y justicia en los pueblos indígenas de América latina*, Lima, Universidad católica del Perú, 2002 en la p. 77 [Cabedo].

²⁶⁰ Probablemente quien mejor ha trabajado sobre esa cuestión ha sido, en efecto, Raquel Yrigoyen Fajardo, *Pautas de coordinación entre el derecho indígena y el derecho estatal*, Guatemala, Fundación Myrna Mack, 1999 [Yrigoyen Fajardo] más adelante volveremos sobre este excelente trabajo.

indígena y la jurisdicción estatal y quizás alguna de las prácticas pueden entrar en contradicción con la salvaguarda de la dignidad de la persona.

Algunos instrumentos internacionales han avanzado disposiciones muy claras en relación con el derecho indígena. El *Convenio 169*²⁶¹, dispone que “[a] aplicar la legislación nacional a los pueblos interesados deberán tomarse debidamente en consideración sus costumbres o su derecho consuetudinario”²⁶² lo cual supone que, si bien serían las autoridades judiciales del Estado central que siguen adjudicándose la capacidad de jurisdicción, éstas, quizás con la ayuda de peritajes antropológicos²⁶³ en el juzgamiento de personas de origen indígena, deberían aplicar el derecho indígena o consuetudinario. El derecho indígena no debería ser por lo tanto criminalizado, como habitualmente ha ocurrido, sino tomado muy en cuenta.

El texto consolidado que ha servido de base para las negociaciones en curso de la Declaración de la OEA recogía de manera explícita que :

El derecho indígena debe ser reconocido como parte del orden jurídico y del marco de desenvolvimiento social y económico de los Estados. 2. Los pueblos indígenas tienen derecho a mantener y reforzar sus sistemas jurídicos para el tratamiento de asuntos internos en sus comunidades, y de aplicarlos según sus propias normas y procedimientos, incluyendo los asuntos relacionados con la resolución de conflictos dentro y entre pueblos indígenas y el mantenimiento de la paz y armonía. [...] 4. Los Estados tomarán medidas para reforzar la capacidad jurisdiccional de los pueblos indígenas, establecer su competencia y coordinarla con las restantes

²⁶¹ Conviene recordar que a diferencia del *Convenio 169*, supra nota 17, el *Convenio 107*, supra nota 151 utilizaba el término derecho consuetudinario entendido como los sistemas normativos que sobreviven por la práctica de la gente, dentro de tal concepción sancionaba el modelo de subordinación política al indicar que debía respetarse el derecho consuetudinario sólo mientras no afectase las políticas de integración que el Estado podía disponer.

²⁶² *Convenio 169*, supra nota 17, art. 8.1.

²⁶³ El peritaje antropológico ha sido definido como un medio de prueba que ilustra el criterio del Juez, que proporciona un mejor conocimiento de un hecho, persona y objeto de los referentes culturales de un sujeto procesal y para cuya práctica se requieren conocimientos especializados de una cultura determinada. Ochoa García, supra nota 251 en la p. 77. El peritaje cultural garantizará, en opinión de este autor, “que el sujeto procesal obtendrá una justicia más cercana y acorde a su realidad social y no tendrá que enfrentarse a una Resolución tomada sobre la base de normas jurídicas y patrones culturales ajenos a su cosmovisión”. Sobre la cuestión también puede consultarse E. Sánchez Botero, “El peritaje antropológico otra forma de conocimiento” en *El Otro Derecho*, Bogotá, IISA, 1985. Por lo que conocemos, especial atención se presta al peritaje antropológico en la práctica jurídica de Colombia. El *Proyecto original de Declaración americana*, supra nota 17, art. 16.3, recogía : “En la jurisdicción de cada Estado, los asuntos referidos a personas indígenas o a sus intereses, serán conducidos de manera tal de proveer el derecho a los indígenas de plena representación con dignidad e igualdad frente a la ley. Ello incluirá la observancia del derecho y costumbre indígena y, de ser necesario, el uso de la lengua”. *Texto consolidado de Declaración americana*, supra nota 17, art. 21.3. “Los asuntos referidos a personas indígenas o a sus intereses en la jurisdicción de cada Estado, serán conducidos de manera tal de proveer el derecho a los indígenas de plena representación con dignidad e igualdad frente a la ley y, de ser necesario, el uso de intérpretes.” *Registro actual de Declaración americana*, supra nota 17, art. 21.3. Finalmente esa disposición ha quedado consensuada como sigue: “Los asuntos referidos a personas indígenas o a sus derechos o intereses en la jurisdicción de cada Estado, serán conducidos de manera tal de proveer el derecho a los indígenas de plena representación con dignidad e igualdad ante la ley. En consecuencia, tienen derecho sin discriminación, a igual protección y beneficio de la ley, incluso, al uso de intérpretes lingüísticos y culturales.”

jurisdicciones nacionales, cuando corresponda. Asimismo, los Estados tomarán medidas para el conocimiento del derecho y costumbre indígena y su aplicación por la judicatura, así como su enseñanza en las facultades de derecho.²⁶⁴

La redacción, que inicialmente supone un claro reconocimiento de la capacidad de aplicar el derecho indígena por parte de los órganos jurisdiccionales propios y un claro reconocimiento del pluralismo jurídico, iría más allá del reconocimiento formal de los usos y costumbres de los pueblos indígenas en materia judicial. En el texto que recoge los avances alcanzados hasta el momento en relación con este artículo se han producidos diferentes modificaciones y varias de las disposiciones se encuentran recogidas entre corchetes en señal de los desacuerdos todavía existentes :

1. Los pueblos indígenas tienen derecho a promover, desarrollar y mantener sus estructuras institucionales y sus propias costumbres, espiritualidad, tradiciones, procedimientos, prácticas y, cuando existan, costumbres o sistemas jurídicos, de conformidad con las normas internacionales de derechos humanos.] 2. El derecho y los sistemas jurídicos indígenas deben ser reconocidos y respetados por el orden jurídico nacional, regional e internacional.²⁶⁵

Ahora bien, tal y como antes mencionaba, esta capacidad de aplicación del derecho indígena debería estar sujeta a unos límites. La *Declaración de las Naciones Unidas* incide claramente en los límites al derecho al derecho propio de los pueblos indígenas al disponer que éstos “tienen derecho a promover, desarrollar y mantener sus estructuras institucionales y sus propias costumbres, espiritualidad, tradiciones, procedimientos, prácticas y, cuando existan, costumbres o sistemas jurídicos, de conformidad con las normas internacionales de derechos humanos”²⁶⁶. También el *Convenio 169* es muy claro al respecto : “En la medida que ello sea compatible con el sistema jurídico nacional y con los derechos humanos internacionalmente reconocidos, deberán respetarse los métodos a los que los pueblos interesados recurren tradicionalmente para la represión de los delitos cometidos por sus miembros”²⁶⁷.

De los preceptos enunciados se desprende que los límites de la jurisdicción indígena están enmarcados en el respeto a los derechos individuales de las personas, cuestión especialmente delicada en el ámbito del derecho penal, por cuanto determinados procedimientos y sanciones indígenas suponen la violación de los

²⁶⁴ *Texto consolidado de Declaración americana, supra* nota 17, art. 21.1, 21.2 y 21.4 que retoma y perfila el contenido de *Proyecto original de Declaración americana, supra* nota 17, art. 16.1 y 16.2.

²⁶⁵ *Registro actual de Declaración americana, supra* nota 17, art. 21.1 y 21.2. Como se nos indica no se ha alcanzado un consenso sobre estas disposiciones

²⁶⁶ *Declaración de las Naciones Unidas, supra* nota 17, art. 34.

²⁶⁷ *Convenio 169, supra* nota 17, art. 9.1.

derechos humanos de aquellas personas que pueden ser juzgadas²⁶⁸. Al respecto parece que es imprescindible la coordinación intercultural entre los sistemas jurídicos nacionales y los sistemas indígenas²⁶⁹, vía leyes específicas sobre la materia, así como la interpretación de las disposiciones internacionales y de los preceptos constitucionales –que los hay y en abundancia²⁷⁰– relativos a los límites de la jurisdicción indígena por parte de los tribunales internos. Ni el *Convenio 169*, ni la *Declaración de las Naciones Unidas* o la que todavía se negocia en el sistema interamericano, indican que tipo de procedimientos deberían establecerse para la coordinación entre el derecho consuetudinario y el derecho estatal, si debería crearse un órgano al interior de los países que específicamente se encargara de este asunto o si debería dotar de tal función a organismos ya existentes, como ocurre en el caso colombiano con la Corte constitucional²⁷¹.

²⁶⁸ Cabedo, *supra* nota 259 en la p. 85.

²⁶⁹ Al respecto puede consultarse la sugerente aportación de Tomás Alarcón para el caso peruano, “Propuesta para vincular el derecho consuetudinario aymara-quechua al sistema nacional de justicia peruano”, Seminario internacional sobre pueblos indígenas y administración de justicia, Madrid, UNED, 12-14 de noviembre de 2003 dentro del panel “sistemas legales de pueblos indígenas – ejemplos, experiencias y medidas gubernamentales, administrativas y judiciales para vincular el derecho consuetudinario en los sistemas nacionales de justicia”.

²⁷⁰ Varias Constituciones reconocen el pluralismo jurídico, el derecho propio y la capacidad jurisdiccional de las autoridades judiciales indígenas. Entre ellas la colombiana (art. 246), la peruana (art. 149) la boliviana (art. 190-192) y la venezolana (art. 260). Un buen análisis al respecto puede encontrarse en Raquel Yrigoyen Fajardo, “Alcances, límites y retos del reconocimiento del derecho indígena y jurisdicción especial en los países andinos”, Seminario internacional sobre pueblos indígenas y administración de justicia, Madrid, UNED, 12-14 de noviembre de 2003 dentro del panel “sistemas legales de pueblos indígenas – ejemplos, experiencias y medidas gubernamentales, administrativas y judiciales para vincular el derecho consuetudinario en los sistemas nacionales de justicia”. En menor medida, limitándose a un reconocimiento formal, cabría mencionar la *Constitución de la República de Paraguay*, 1992, art. 63. A pesar de que en el caso de Panamá no existe un reconocimiento constitucional del derecho indígena, lo cierto es que en la comunidad Kuna Yala la función jurisdiccional corresponde a las autoridades tradicionales las cuales vienen resolviendo conflictos penales y civiles conforme al derecho consuetudinario indígena. Las autoridades jurisdiccionales están centradas en el Pukusu Kalu o tribunal de primera instancia y el Onmakeneg o tribunal de segunda instancia. Puede consultarse al respecto Carlos Ochoa García, *supra* nota 251 en las pp. 145-157. Por último, cabe mencionar el caso de Groenlandia que cuenta desde hace 50 años con un sistema de justicia específico. Vid. Mille Solvndahl, “The Historical Development of the Greenlandic Judicial System”, Seminario internacional sobre pueblos indígenas y administración de justicia, Madrid, UNED, 12-14 de noviembre de 2003 dentro del panel “sistemas legales de pueblos indígenas – ejemplos, experiencias y medidas gubernamentales, administrativas y judiciales para vincular el derecho consuetudinario en los sistemas nacionales de justicia”.

²⁷¹ Yrigoyen Fajardo, *supra* nota 260, ha puesto de manifiesto que en todo caso fuera el procedimiento y el órgano de control o coordinación que fuese, debería garantizarse “la comprensión intercultural de los hechos y la interpretación intercultural de las normas aplicable, a fin de evitar una interpretación etnocéntrica y monocultural de los mismos. El respeto de la diversidad cultural supone que no puede ser una sola orientación cultural la que defina cuándo se produce o no una vulneración de derechos humanos y qué solución darle. Para garantizar la interpretación intercultural de los hechos y el Derecho, se podría conformar jurados escabinados o tribunales mixtos, integrados por jueces estatales y miembros de la comunidad o Pueblo Indígena en cuestión, a fin de que se permita entender los hechos dentro de su contexto cultural y resolver de acuerdo a la equidad. Si no se tiene en cuenta la diversidad cultural, podría darse casos absurdos que en vez de proteger a las personas las pudiesen victimizar más”.

Cabe mencionar que precisamente la Corte constitucional colombiana se ha pronunciado en diversas ocasiones sobre los límites de la jurisdicción indígena, resolviendo casos en los que ciudadanos colombianos indígenas consideraban que sus derechos humanos habían sido violados por las decisiones inconstitucionales de los jueces indígenas. No es el lugar aquí, dado el ámbito internacional en el que se centra nuestra investigación, para adentrarnos en la rica jurisprudencia generada por la Corte constitucional colombiana, simplemente apuntamos, siguiendo las conclusiones al respecto de Vicente Cabedo, que la misma se ha caracterizado por la utilización de la regla de interpretación de la maximización de la autonomía de las comunidades indígenas y la minimización de las restricciones indispensables para salvaguardar los intereses de superior jerarquía. Por ello se han determinado que los límites a la jurisdicción indígena habrían de ser los mínimos aceptables constituidos por el derecho a la vida, la prohibición de la esclavitud y la prohibición de la tortura y, por exigencia de la Constitución, la legalidad de los procedimientos, los delitos y las penas²⁷².

En conclusión, asistimos a un tímido reconocimiento internacional del derecho colectivo de los pueblos indígenas a su derecho propio que, dada la flexibilidad y generalidad de las disposiciones del *Convenio 169*, de la *Declaración de las Naciones unidas* o de la que se discute en un ámbito interamericano, otorga diferentes atribuciones o competencias materiales, territoriales, personales y temporales a las autoridades judiciales indígenas tradicionales. Con este derecho, que incluye el reconocimiento de sus propios procedimientos para la elección de sus autoridades judiciales, tal y como se ha señalado, la justicia indígena estaría facultada para regular y resolver situaciones y conflictos en todo tipo de materias, sin importar la gravedad o cuantía de las mismas, de manera clara en sus territorios, pero quizás también sobre situaciones jurídicas o conflictos que se producen fuera de la comunidad o pueblo indígena, cuyos sujetos o materia son competencia de los pueblos indígenas. En estos casos, el derecho y la justicia indígenas también podrían

²⁷² *Sentencia T-349* de 1996. Para un análisis crítico de esta sentencia y de la *Sentencia T-523* de 1997 de la Corte constitucional colombiana, puede consultarse el excelente trabajo de Vicente Cabedo, “La jurisdicción especial indígena de Colombia y los derechos humanos” *Revista Iberoamericana de Autogestión y Acción Comunal* n° 53 (2008) en las pp. 36 y 37. Durante la década de los 90 otras sentencias relevantes fueron dictadas por la Corte constitucional de Colombia para los pueblos indígenas, son las siguientes: *C-058* de 1994, *C-139* de 1996, *T-380* de 1993, *T-254* de 1994, *T-496* de 1996 y *T-266* de 1999. Muchas de estas sentencias, las más avanzadas de las emitidas por un tribunal constitucional alguno, fueron posibles en gran medida gracias al interés por las cuestiones relacionadas con los derechos de los pueblos indígenas del profesor Carlos Gaviria, durante aquellos años magistrado de la Corte constitucional de Colombia. *Sieder, supra* nota 253 en la p. 48. Como se ha señalado: “En general se ha aceptado la fórmula de que los pueblos indígenas deben tener autonomía para elegir a sus autoridades y para definir sus propios procedimientos legales siempre y cuando exista respeto a los derechos humanos. Esto se refiere esencialmente al respeto de los derechos de participación y a la diferencia de los miembros de las comunidades indígenas. Cuando existe un conflicto entre el Derecho consuetudinario y los derechos humanos, éste debería ser analizado en un foro judicial intercultural. En ese sentido, no debería darse el caso de que una apelación a la justicia ordinaria invalide automáticamente una decisión de un foro consuetudinario, pues el Estado por sí mismo no puede decidir unilateralmente cuáles costumbres indígenas pueden y ni pueden ser reconocidas. Por ello, es necesario que se establezca un diálogo intercultural que realmente garantice la participación de los pueblos indígenas en las decisiones sobre políticas que los afectan.”

ser competentes para aplicar las normas indígenas destinadas a la regulación ordinaria de la vida social y de la vida interna de los pueblos indígenas. Así lo ha puesto de manifiesto Yrigoyen Fajardo para quien también este derecho al derecho indígena podría implicar que, si alguien no es miembro del pueblo indígena pero interviene en un acto con indígenas, la justicia indígena aplicase sus reglas para la regulación de tal hecho y para resolver los conflictos del mismo. Ello permitiría no dejar vulnerables a los indígenas frente al ataque ilegal de terceros y evitar la intervención en las comunidades de aparatos estatales que históricamente han mellado la cultura y el derecho indígena. En esos casos, no obstante, añade Yrigoyen, los terceros no indígenas podrían demandar que se velase por sus derechos, y tanto los hechos como el derecho deberían ser interpretados interculturalmente.

El reconocimiento internacional al derecho indígena también debería venir acompañado del respeto y el reconocimiento legal a nivel interno de las decisiones tomadas por las autoridades e instancias correspondientes dentro de la justicia indígena (alcaldes auxiliares, consejos de ancianos, asambleas comunales) por parte de las autoridades jurisdiccionales y otras autoridades estatales y quizás, desde una interpretación amplia del derecho en cuestión, podríamos referirnos a que los jueces y otras autoridades del sistema estatal deberían remitir o devolver los casos que presentasen los indígenas o terceros pero que se refieran a personas o bienes indígenas acontecidos en el espacio territorial de las comunidades indígenas. Con ello, en opinión de Yrigoyen Fajardo, se evitaría también la duplicidad que puede haber en el conocimiento de un caso o una situación²⁷³.

Este reconocimiento internacional del derecho al derecho indígena, es decir a su propio sistema de justicia y al ejercicio de su propia jurisdicción, su capacidad reguladora o normativa, jurisdiccional y ejecutiva, su competencia para darse sus propias normas, autoridades y procedimientos, viene a sumarse al reconocimiento de otros derechos colectivos y constituiría por lo tanto la dimensión jurídica o jurisdiccional del derecho a la libre determinación e indudablemente contribuiría a la preservación de la diversidad cultural, pues el derecho y las prácticas propias de resolución de conflictos tienen incuestionables fundamentos en la cultura tradicional. Se trata de un reconocimiento genérico cuyos efectos ya empiezan a notarse a nivel interno, pues varias son las Constituciones y las medidas legislativas de los Estados que están apuntando el respeto por el pluralismo jurídico, como elemento integrante del pluralismo cultural en el que han de afianzarse las democracias de nuestro tiempo.

No basta desde luego, con reconocer o delimitar aunque sea vagamente los contenidos de un derecho, se requieren ahora, tal y como han apuntado entre otros Yrigoyen y Cabedo de procedimientos e instrumentos de coordinación e implementación que hagan posible su ejercicio real. Aunque algunos pasos ya han empezado a darse, lo cierto es que queda aún un largo camino por recorrer para que los sistemas legales nacionales incorporen de manera generalizada el conocimiento de las costumbres indígenas, las tradiciones culturales relacionadas con la justicia

²⁷³ Lo apuntado en los dos últimos párrafos ha sido recogido por Yrigoyen Fajardo, *supra* nota 260 tomando como referencia internacional el *Convenio 169*, *supra* nota 17.

comunitaria y el derecho consuetudinario en aquellos casos en los que estén involucrados pueblos o individuos indígenas y para que los sistemas de justicia propios de los pueblos indígenas, cuenten con los mecanismos necesarios que los permitan funcionar efectivamente como parte o en paralelo a los sistemas nacionales oficiales. Entretanto los avances en un ámbito internacional, en la delimitación de los contenidos materiales de este derecho, son pequeños pero incuestionables.

7. EL DERECHO A LA CONSULTA Y EL LIBRE CONSENTIMIENTO PREVIO E INFORMADO

El derecho de los pueblos indígenas al consentimiento libre, previo e informado está claramente reconocido por el derecho internacional y constituye una manifestación específica, relacionada con la necesaria dimensión participativa, del derecho a la libre determinación y una clara salvaguarda para la preservación de la diversidad cultural. Nos encontramos ante un derecho de titularidad colectiva, estrechamente relacionado con el derecho al autodesarrollo y la preservación de los derechos territoriales, tal y como ya mencionábamos anteriormente. Este derecho ha surgido con el fin de garantizar que los proyectos ejecutados por empresas privadas o por los Estados en los territorios ancestrales de los pueblos indígenas, que tradicionalmente han supuesto una amenaza para los derechos de éstos, han repercutido negativamente en su bienestar y han tenido efectos devastadores para la cultura de estas comunidades, cuenten, antes de su puesta en marcha, con el libre consentimiento, previo e informado de los pueblos indígenas, habitantes originarios de aquellos territorios.

A su vez, este derecho pretende asegurar que cualquier medida legislativa, política o institucional, que decidan poner en práctica los gobiernos y que pudiera afectar a los pueblos indígenas, cuente también con el consentimiento de éstos. No puede existir autodeterminación y libre desenvolvimiento si en áreas de intereses mayores (interés nacional, objetivos geoestratégicos) las decisiones respecto a cuándo, dónde y cómo explotar los recursos naturales en territorios indígenas siguen siendo tomadas sin el consentimiento de los más directamente afectados, que en muchas ocasiones se han visto desalojados de sus territorios tradicionales, han perdido el derecho de acceso a la tierra, que tal y como hemos visto tiene una especial significación cultural y simbólica, o han sido víctimas de la implementación de proyectos de desarrollo ajenos a su voluntad colectiva. Habitualmente esto ha sido así y los pueblos indígenas al no tener cauces de representatividad apropiados o reconocidos al interior de los Estados han asistido, entre la rabia, la resistencia o la resignación, a la vulneración de sus derechos colectivos²⁷⁴ y la subordinación de sus intereses.

²⁷⁴ Rodolfo Stavenhagen, Relator especial, *Informe del Relator especial sobre la situación de los derechos y las libertades fundamentales de los indígenas*, Doc. of. CES NU, 58ª ses., Doc. NU E/CN. 4/2002/97 (2002) en el párr. 56. Así lo ha puesto de manifiesto el Relator Rodolfo Stavenhagen al afirmar que la implementación de proyectos de todo tipo en territorios indígenas sin el consentimiento de los habitantes originarios ha constituido “uno de los principales problemas de derechos humanos con que los pueblos indígenas se han enfrentado en los últimos decenios”.

Pues bien, tal y como ya hemos adelantado, en la actualidad el derecho internacional contemporáneo, reconoce claramente el derecho de los pueblos indígenas en la toma de decisiones, en la aceptación o denegación de su consentimiento sobre todas aquellas actividades que afecten a sus tierras, territorios, recursos o derechos colectivos en general. Este consentimiento debe ser prestado libremente, debe ser obtenido por los ejecutores de los proyectos o los responsables de aquellas medidas adoptadas que afecten a los pueblos indígenas sin coacción y previamente al inicio de las actividades y debe ser otorgado por los pueblos afectados fundamentándose en el pleno entendimiento de la amplitud del alcance de todos los temas implicados por las actividades o decisiones en cuestión. Por ello hablamos del derecho a la consulta y al consentimiento libre, previo e informado²⁷⁵.

Este derecho está incluido, implícitamente, en el artículo ya mencionado de la *Declaración de las Naciones Unidas* relativo al autodesarrollo :

Los pueblos indígenas tienen derecho a determinar y elaborar prioridades y estrategias para el ejercicio de su derecho al desarrollo. En particular, los pueblos indígenas tienen derecho participar activamente 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.²⁷⁶

Superando la relación entre desarrollo y consentimiento o participación, la Declaración va más allá recogiendo que : “Los Estados celebrarán consultas y cooperarán de buena fe con los pueblos indígenas interesados por medio de instituciones representativas antes de adoptar y aplicar medidas legislativas o administrativas que los afecten, a fin de obtener su consentimiento libre, previo e informado”²⁷⁷. Ahora bien, donde más claramente aparece reflejado este derecho es en el artículo 10 que dispone acerca de que “[l]os pueblos indígenas no serán desplazados por la fuerza de sus tierras o territorios. No se procederá a ningún traslado sin el consentimiento libre, previo e informado de los pueblos indígenas interesados, ni sin un acuerdo previo sobre una indemnización justa y equitativa y, siempre que sea posible, la opción de regreso”²⁷⁸.

La Declaración americana, por su parte, reflejó en el texto consolidado que sirve de base para la discusión que :

Los Estados no podrán trasladar o reubicar a pueblos indígenas, sin su consentimiento libre, genuino, público e informado, a menos que existan causas de emergencia nacional u otra circunstancia excepcional de interés público que lo hagan necesario; y en todos los casos, con el inmediato

²⁷⁵ Fergus Mackay, *El derecho de los pueblos indígenas al consentimiento libre, previo e informado y revisión de las industrias extractivas del Banco mundial*, 2004 en línea : Forest Peoples Programme <<http://www.forestpeoples.org/sites/fpp/files/publication/2010/10/eiripsfpicjun04sp.pdf>> [Forest Peoples Programme]. Informe que aquí seguimos muy de cerca.

²⁷⁶ *Declaración de las Naciones Unidas*, supra nota 17, art. 23.

²⁷⁷ *Ibid.*, art. 19.

²⁷⁸ *Ibid.*, art. 10.

reemplazo por tierras adecuadas de igual o mejor calidad y status jurídico, garantizando el derecho al retorno si dejaran de existir las causas que originaron el desplazamiento.²⁷⁹

Todo ello fue completado por el artículo 20.2²⁸⁰. Actualmente el texto del articulado consensuado hasta el momento recoge lo siguiente :

Los pueblos indígenas no serán trasladados o reubicados sin su consentimiento libre, previo e informado, a menos que existan causas de desastre natural, [emergencia nacional, o causas excepcionales debidamente justificadas] mediante procedimientos establecidos conjuntamente con lo[s] pueblos indígenas. En caso de traslado o reubicación, los Estados asegurarán, [siempre que sea posible,] el reemplazo por tierras adecuadas de igual extensión, calidad y estatus jurídico, [garantizando] en todos los casos el derecho al retorno si dejaran de existir las causas que originaron el desplazamiento.²⁸¹

Estos artículos, incorporados en la *Declaración de las Naciones unidas* y en la Declaración americana aún en discusión, que vienen a constituir expresiones de los principios del derecho internacional consuetudinario en materia de pueblos indígenas generarían obligaciones a los Estados, en el sentido de asegurar que cualquier decisión relacionada con la aplicación de medidas o proyectos en las tierras tradicionales de los indígenas debería estar condicionada por los resultados de un proceso de consentimiento plenamente informado de la comunidad indígena afectada. Ello requeriría que todos los miembros de la comunidad con capacidad de decisión estuvieran plena y correctamente informados sobre la naturaleza y las consecuencias del proceso y que se les hubiera ofrecido una oportunidad efectiva para participar individual y colectivamente²⁸².

²⁷⁹ *Texto consolidado de Declaración americana, supra* nota 17, art. 25.1. El *Proyecto original de Declaración americana, supra* nota 17, art. 18.6 recogía algo parecido que: “[L]os Estados no podrán trasladar o reubicar a pueblos indígenas, sin el consentimiento libre, genuino, público e informado de dichos pueblos; y en todos los casos con indemnización previa y el inmediato reemplazo por tierras adecuadas de igual o mejor calidad, e igual status jurídico; y garantizando el derecho al retorno si dejaran de existir las causas que originaron el desplazamiento.” *Mary y Carrie Dann c. Estados Unidos* (2002), Inter-Am. Comm. H.R. N° 75/02 en el párr. 131, *Annual Report of the Inter-American Commission on Human Rights : 2002*, OEA/Ser. L /V/II.117/doc. 1 rev.1. La Comisión ha reclamado “medidas especiales que garanticen el reconocimiento de los intereses particulares y colectivos que tienen los pueblos indígenas sobre la ocupación y utilización de sus tierras tradicionales y recursos y su derecho a no ser despojados de este interés excepto con el consentimiento plenamente informado, bajo condiciones de igualdad, y a cambio de una compensación justa.”

²⁸⁰ *Texto consolidado de Declaración americana, supra* nota 17, art. 20.2. “Los pueblos indígenas tienen el derecho de participar sin discriminación en la toma de decisiones, a todos los niveles, con relación a asuntos que puedan afectar directamente sus derechos, vidas y destino”. Se hace referencia al *Proyecto original de Declaración americana, supra* nota 17, art. 15.

²⁸¹ *Registro actual de Declaración americana, supra* nota 17, art. 25.1.

²⁸² *Forest Peoples Programme, supra* nota 275 en la p. 3.

Ahora bien, ha sido por la vía convencional por la que más claramente se han establecido las obligaciones de los Estados ante el derecho de los pueblos indígenas al consentimiento libre e informado. Nos estamos refiriendo muy especialmente al *Convenio 169* que en su artículo 6 relativo a la aplicación de las disposiciones allí recogidas, obliga a los Estados a :

a) consultar a los pueblos indígenas, mediante procedimientos apropiados y en particular a través de sus instituciones representativas, cada vez que prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente; b) establecer los medios a través de los cuales los pueblos interesados puedan participar libremente, por lo menos en la misma medida que otros sectores de la población, y a todos los niveles en la adopción de decisiones en instituciones electivas y organismos administrativos y de otra índole responsables de políticas y programas que les conciernan; c) establecer los medios para el pleno desarrollo de las instituciones e iniciativas de esos pueblos, y en los casos apropiados proporcionar los recursos necesarios para este fin.²⁸³

A su vez, “[l]as consultas llevadas a cabo [...] deberán efectuarse de buena fe y de una manera apropiada a las circunstancias, con la finalidad de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento acerca de las medidas propuestas”²⁸⁴. En otro de sus artículos el Convenio dispone, previa prohibición general de traslado de los pueblos indígenas de las tierras que ocupan, que “[c]uando excepcionalmente el traslado y la reubicación de esos pueblos se consideren necesarios, sólo deberá efectuarse con su consentimiento, dado libremente y con pleno conocimiento de causa”²⁸⁵.

Desde su entrada en vigor hasta nuestros días, varias organizaciones de trabajadores –tal y como establece el procedimiento- en representación de las organizaciones o comunidades indígenas afectadas han realizado sus reclamaciones al Comité de expertos de la OIT. Hay que resaltar que al tratarse de un Convenio relativo a los derechos de los pueblos indígenas las reclamaciones pueden ser colectivas. Hasta la fecha, sobre la base del procedimiento descrito en el artículo 24 de la *Constitución de la OIT*²⁸⁶, se han estudiado varias reclamaciones : algunas de las cuales ya se han tramitado y han generado informes concretos que han sido aprobados por el Consejo administración dándose por cerrado el procedimiento y otras permanecen admitidas en curso²⁸⁷.

²⁸³ *Convenio 169*, *supra* nota 17, art. 6.1.

²⁸⁴ *Ibid.*, art. 6.2.

²⁸⁵ *Ibid.*, art. 16.2 que continúa : “Cuando no pueda obtenerse su consentimiento, el traslado y la reubicación sólo deberá tener lugar al término de procedimientos adecuados establecidos por la legislación nacional, incluidas encuestas públicas, cuando haya lugar, en que los pueblos interesados tengan la posibilidad de estar efectivamente representados.”

²⁸⁶ *Constitución de la Organización internacional del trabajo*, 28 de junio de 1919, en línea : Base de datos sobre las normas internacionales del trabajo <<http://www.ilo.org/ilolex/spanish/constq.htm>> (entró en vigor : 16 de mayo 1920).

²⁸⁷ En la dirección electrónica (<<http://www.ilo.org/ilolex/spanish/iloquery.htm>>) pueden consultarse cada una de estas reclamaciones, así como algunos de los informes y recomendaciones del Comité.

Estas reclamaciones estaban relacionadas con el incumplimiento por parte de alguno de los Estados parte de las disposiciones (y de los derechos que éstas incluyen) del *Convenio 169* y, en la mayoría de las ocasiones, se ha alegado el incumplimiento de los derechos de consulta mediante los procedimientos adecuados sobre las medidas legislativas o administrativas que afectaban directamente a los indígenas²⁸⁸. Bien es cierto que no ha sido ese el único ámbito de reclamación; en otras reclamaciones se ha alegado la vulneración de su derecho a decidir sus propias prioridades en lo que atañe al proceso de desarrollo²⁸⁹ o sus derechos de propiedad colectiva, uso de las tierras o territorios ancestrales y aprovechamiento de los recursos naturales²⁹⁰.

Por su parte, el Comité para la eliminación de la discriminación racial ha realizado un llamamiento para que los Estados “garanticen que los integrantes de los pueblos indígenas tengan igualdad de derechos respecto a su participación efectiva en los asuntos de la vida pública y que no se tomen medidas o decisiones directamente relacionadas con sus derechos e intereses sin su consentimiento informado”²⁹¹. También el Comité de derechos económicos, sociales y culturales en su informe sobre Colombia expresó su “pesar porque las tierras tradicionales de los grupos indígenas han sido reducidas u ocupadas, sin su consentimiento, por compañías madereras, mineras y de petróleo a expensas de su cultura y del equilibrio del ecosistema”²⁹² y recomendó al Estado que asegurase la participación de los pueblos indígenas en las decisiones que afectan a sus vidas.

Organismos financieros internacionales y de cooperación como el Banco mundial o el BID han asumido el derecho de los pueblos indígenas a la consulta, el consentimiento previo y la decisión sobre los proyectos de desarrollo a realizar en sus comunidades. De esta manera el Banco mundial ha incorporado directrices al respecto

²⁸⁸ *Convenio 169, supra* nota 17, art. 6.

²⁸⁹ *Ibid.*, art.7.

²⁹⁰ *Ibid.*, art. 13-15.

²⁹¹ CEDR, *Observación general n° 23, supra* nota 201 en el párr. 4.

²⁹² Comité de derechos económicos, sociales y culturales, *Conclusiones finales del Comité de derechos económicos, sociales y culturales : Colombia. 30/11/2001*, Doc. of. CESCR NU, 27ª ses., Doc. NU CESCR E/C.127Add. 1/74 (2001) en el párr. 12. En el Taller de las Naciones unidas de 2001 sobre los pueblos indígenas y el desarrollo de los recursos naturales se concluyó que “los pueblos indígenas a los que se les reconocen sus derechos sobre la tierra y los recursos naturales [...] están en mejores condiciones de entablar relaciones provechosas con las empresas privadas que explotan los recursos naturales, con el consentimiento previo, libre y fundamentado de éstos, que otros pueblos a los que no se les reconocen estos derechos”. *Informe del seminario sobre los pueblos indígenas, las empresas privadas dedicadas a la explotación de los recursos naturales, energéticos y mineros y los derechos humanos*, Doc. of. CCPR NU, 2002, Doc. NU CCPR E/CN.4/Sub.2/AC.4/2002/3, en las conclusiones. Por último cabe mencionar que en las *Normas sobre las responsabilidades de las empresas transnacionales* elaboradas en su día como guía de comportamiento por la Subcomisión de promoción y protección de los derechos humanos de las Naciones unidas se incluye que: “Las empresas transnacionales y otras empresas comerciales respetarán los derechos de las comunidades locales afectadas por sus actividades y los derechos de los pueblos y las comunidades indígenas consagrados en las normas internacionales de derechos humanos [...] También respetarán el principio del consentimiento libre, previo y fundamentado de los pueblos y las comunidades indígenas a ser afectados por sus proyectos de desarrollo”. *Comentario relativo a las Normas sobre las responsabilidades de las empresas transnacionales y otras empresas comerciales en la esfera de los derechos humanos*, Doc. of. CES NU, 2003, Doc. NU E/CN.4/Sub.2/2003/38/Rev.2, 2003 en el párr. 10 (c).

en el marco de su revisión de las industrias extractivas²⁹³ y en su revisión general sobre su estrategia con los pueblos indígenas sobre la que ya hemos trabajado. Por su parte, el BID a través de la desaparecida Unidad de pueblos indígenas y desarrollo comunitario profundizó en su momento sobre el concepto y la aplicación de la consulta comunitaria entendida como un proceso mediante el cual el organismo financiero se comunica con las comunidades afectadas por su programa, las informa acerca de sus objetivos y pone muy claro los parámetros de sus acciones y objetivos. Durante este proceso, el organismo obtiene reacciones de la comunidad, acepta que la comunidad tiene conocimientos especializados acerca de las dimensiones sociales y físicas de su propia situación, lo cual les lleva a enmendar el proyecto en función de esos conocimientos especializados. Al hacerlo, el organismo financiador transforma a la comunidad de receptora de ayuda a asociada en el cambio, es decir, mediante el proceso de consulta el organismo aumenta la gama de opciones de que dispone la comunidad con respecto a las acciones que la afectarán. Al ocurrir esto, el proceso de consulta habilita a la comunidad a configurar su propio destino y de esta manera se constituye como un mecanismo que favorece prácticas de libre determinación al interior de las comunidades²⁹⁴.

Nos encontramos en definitiva con un derecho colectivo de los pueblos indígenas que ha sido reconocido por un buen número de agentes internacionales y que también ha sido incorporado a los ordenamientos internos de varios Estados. Es precisamente a éstos, las ONG de desarrollo, los organismos internacionales de cooperación, las agencias estatales y las empresas privadas transnacionales o de ámbito nacional, a las que corresponde velar por el aseguramiento y efectividad del derecho al consentimiento libre, previo e informado de los pueblos indígenas sobre todas aquellas cuestiones que les afecten. Con ello concluimos esta parte del trabajo dedicada al estudio de los contenidos de los que hemos denominado derechos síntesis de los pueblos indígenas que estarían vinculados con las diferentes dimensiones del derecho a la libre determinación de los pueblos indígenas, directamente emparentadas con el principio de salvaguarda de la diversidad cultural.

Parece indudable que los derechos de los pueblos indígenas con los contenidos materiales que hemos expuesto han superado la fase de su reconocimiento, más allá de que todavía en un contexto interamericano la Declaración de referencia no haya podido ser aprobada. Una vez superada esa fase inicial, el desafío actual es asegurar su efectiva protección. En buscar formulas para tal fin se esmeran, en los últimos tiempos, expertos de todo tipo que de manera reiterada y en ocasiones reiterativa se refieren a la necesaria implementación de la *Declaración de las Naciones Unidas*. Coincidimos con ellos pero somos conscientes de las dificultades. En efecto si tenemos en cuenta la falta de mecanismos de control específicos, las reservas de muchos Estados y muy especialmente las limitaciones e importantes

²⁹³ *Forest Peoples Programme, supra* nota 275.

²⁹⁴ Para el caso del BID, Anne Deruyttere y Norman Schwartz, *Consulta comunitaria, desarrollo sostenible y el BID: Un marco conceptual*, Washington, Unidad de pueblos indígenas y desarrollo comunitario del BID, 1996 en las pp. 7-9. Para un estudio de caso, Carlos Perafán y Helí Nessim, *Consulta comunitaria: El caso de Darién, Panamá*, Washington, Unidad de pueblos indígenas y desarrollo comunitario del BID, 2001.

impedimentos materiales y contextuales en lo relativo a las garantías de efectividad vinculadas con los que hemos denominado derechos colectivos síntesis de los pueblos indígenas, la cosa no va a resultar fácil.

Conviene recordar que el derecho a la autonomía o al autogobierno genera problemas de organización del territorio al interior de los Estados puesto que los pueblos indígenas en muchas ocasiones conviven con poblaciones no indígenas o sus asentamientos están rodeados de poblaciones mestizas y los límites territoriales no están bien definidos. A su vez, su pleno ejercicio requiere de la configuración y puesta en práctica de un Estado pluricultural, afianzado en el reconocimiento de la diferencia cultural como valor cívico y en la apertura de espacios de participación para los pueblos indígenas en las esferas de decisión al interior de las naciones, lo cual exige transformaciones estructurales para las cuales algunos Estados no están plenamente preparados o sus gobiernos no tienen la voluntad política de llevarlas a la práctica (el caso boliviano parece una sana excepción a la generalidad).

Tampoco el derecho al desarrollo con identidad o al autodesarrollo, en un contexto de internacionalización del modelo de desarrollo imperante –con sus crisis incluidas-, parece que pueda ser realmente efectivo y garantizarse de manera inmediata a los pueblos indígenas, ni siquiera en los tiempos de incertidumbre y refundación del capitalismo que vivimos. Por otro lado, el derecho a la cultura propia se ve amenazado por los procesos de homogeneización cultural que conllevan la extensión de un modelo monoideológico y monocultural asociado a la civilización noroccidental (los riesgos son compartidos en relación a la protección de la diversidad cultural). También resulta problemático el derecho a la tierra y los territorios históricos de difícil ejercicio en todos aquellos aspectos relacionados con el mantenimiento de la propiedad colectiva de la tierra y el control sobre los recursos del suelo y del subsuelo, pues muchas de estas tierras han sido otorgadas a empresas transnacionales y los gobiernos bajo el pretexto, no siempre justificado, del interés nacional suelen reservarse el derecho de explotación de los recursos. Por último no debemos olvidar que el derecho al derecho indígena y la consecuente implementación de un sistema de pluralismo jurídico, en el que los sistemas de resolución de conflictos de las comunidades indígenas han de coordinarse con el derecho estatal, requiere una transformación de primer orden en la cultura jurídica sobre la que se ha asentado la administración de justicia en los Estados a lo largo de la historia.

Todos estos elementos apuntados y otros en los que no podemos detenernos nos remiten a una serie de condicionantes contextuales de los procesos de globalización y internos de los Estados en los que habitan los pueblos indígenas. En definitiva suponen impedimentos muy importantes y de difícil superación en el corto plazo para el disfrute efectivo de los derechos colectivos de los pueblos indígenas, ya reconocidos pero hasta la fecha no efectivamente protegidos.

Si, como acabamos de reflejar, el contexto internacional actual no facilita el disfrute de los derechos de los pueblos indígenas, parece evidente que el discurso asociado a los mismos está vinculado a una propuesta transformadora y de cambio. Al reivindicar la efectividad de los derechos colectivos de los pueblos indígenas se está apostando por la construcción de un mundo diferente en el que los referentes de

convivencia no estén necesariamente asociados a los Estados excluyentes con la diversidad, al neoliberalismo económico, a la homogeneización cultural, al monismo jurídico o a la explotación no sostenible de los recursos naturales. De ahí que podamos hablar de esa dimensión utópica de los derechos colectivos de los pueblos indígenas y que, en gran medida, se pueda afirmar que al fomentar el pleno ejercicio de los mismos, salvaguardando los derechos individuales, se está apostando por la construcción de un mundo mejor, vinculado a nuevos referentes internacionales de convivencia y al compromiso a favor de la preservación de la diversidad cultural.

Hay por lo tanto, tal y como acabamos de apuntar, toda una proyección utópica asociada a los derechos de los pueblos indígenas incorporados al derecho internacional. El gran desafío para la comunidad internacional es facilitar que las expectativas de cambio y las posibilidades de transformación real hallen vías de encuentro que eviten la generación de conflictos al interior de las naciones que debido al auge y la importancia del movimiento indígena transnacional quizás podrían superar las fronteras estatales y ser la causa de conflictos regionales.

En conclusión los derechos de los pueblos indígenas nos sitúan ante esa dicotomía entre permanencia y cambio, entre estatismo y renovación, y por ello su reconocimiento global, aquí analizado, está asociado al objetivo de modificaciones estructurales y constituye un paso más en favor de un ordenamiento internacional preservador de la diversidad cultural, en gran medida representada por los pueblos indígenas y entendida como un patrimonio de toda la humanidad.

IV. Los límites de los derechos de los pueblos indígenas y de la diversidad cultural

En nuestra opinión, los derechos colectivos de los pueblos indígenas están llamados a proteger las exigencias de dignidad, libertad y emancipación de los indígenas y por ello son complementarios de los derechos humanos individuales internacionalmente reconocidos. Constituyen, por lo tanto, un referente moralmente aceptable que poco a poco empieza a volcarse en el derecho positivo tal y como hemos analizado hasta aquí. Siguiendo a Rodolfo Stavenhagen podemos hablar de un núcleo de derechos humanos básicos universales que coincidirían con los derechos individuales y, por otra parte, una periferia de derechos específicos entre los que cabría incluir los derechos colectivos de los pueblos indígenas. Existe una estrecha relación entre el núcleo y la periferia de tal manera que, en gran medida, los derechos humanos básicos individuales no pueden ser plenamente disfrutados, ejercidos y protegidos si no se disfrutan, ejercen y protegen simultáneamente los derechos periféricos, conformándose así, una relación de complementariedad entre un tipo de derechos y otro²⁹⁵.

Ahora bien, los derechos colectivos de los pueblos indígenas tienen claros límites, según se están conformando en el derecho internacional. Límites que –y esto

²⁹⁵ Rodolfo Stavenhagen, “Los derechos indígenas algunos problemas conceptuales” *Revista IIDH* n°15 (enero-julio de 1992) 123.

no es casualidad- coinciden con los relacionados con la protección de la diversidad cultural. Estos, en gran medida, tienen por objeto asegurar que los derechos individuales internacionalmente reconocidos, para los individuos indígenas y para las personas no indígenas (es decir para todos los seres humanos por el mero hecho de serlo), no se vean debilitados o vulnerados bajo el pretexto del ejercicio de los derechos colectivos de los pueblos indígenas. Esta cuestión adquiere gran importancia si tenemos en cuenta que muchas de las disposiciones recogidas por el derecho internacional en relación con los derechos colectivos de los pueblos indígenas tienen por objeto preservar la autonomía, la identidad diferenciada y la tradición de los pueblos indígenas, cuando en ocasiones algunas prácticas culturales de esas mismas tradiciones, que se pretenden preservar, pueden ser fuente de represión para personas o subgrupos que forman parte de esas comunidades o que están en contacto con las mismas.

Entre algunos pueblos indígenas en nombre de la tradición, de la preservación cultural, de la costumbre jurídica o de la autonomía indígena podrían vulnerarse los derechos individuales. En efecto una determinada praxis política, social, jurídica y cultural de los derechos de los pueblos indígenas podría conllevar un atentado contra la autonomía, la libertad²⁹⁶, la dignidad y la integridad física de los indígenas incorporados coercitivamente a esas comunidades diferenciadas o de las personas no indígenas que están en contacto con estos pueblos.

Algunas prácticas como la ejecución de los delincuentes, las autoridades corruptas –muy excepcionales²⁹⁷–, la violencia física contra las mujeres, las relaciones incestuosas entre padres e hijas o entre hermanos mayores y hermanas pequeñas, el infanticidio, las mutilaciones corporales en los ritos de paso, los matrimonios convenidos por los padres sin el consentimiento de los contrayentes o la negativa a recibir determinados tratamientos médicos están arraigadas en la tradición de algunos pueblos indígenas y constituyen claramente una amenaza, que trágicamente de manera cotidiana, tiene efectos terribles para la dignidad o la vida de muchas personas y constituyen por lo tanto una manifiesta vulneración de los derechos individuales internacionalmente reconocidos. Especialmente delicadas y preocupantes son aquellas cuestiones vinculadas con la discriminación al interior de las comunidades de grupos, clanes o familias concretas en nombre de la tradición y, por supuesto, la discriminación de la mujer. No debemos perder de vista que en muchas sociedades (y no solamente los pueblos indígenas) se mantienen prácticas, leyes consuetudinarias y sistemas de justicia tradicionales que son discriminatorios para la mujer o que restringen su participación política a partir de pretextos culturales.

Pues bien, ante esta constatación lo cierto es que los derechos colectivos de los pueblos indígenas no pueden conllevar una tolerancia indiscriminada en relación

²⁹⁶ Al respecto especialmente preocupante resulta el artículo que se ha incluido en *Declaración de las Naciones Unidas*, *supra* nota 17, art. 35. “Los pueblos indígenas (colectivamente) tienen derecho a determinar las responsabilidades de los individuos para con sus comunidades” (Los paréntesis son míos).

²⁹⁷ En años pasados se produjeron acciones de este tipo en la región de Puno en Perú que han trascendieron a la prensa internacional.

con las prácticas tradicionales comunitarias tremendamente negativas para los derechos humanos y por ello, como señalábamos, el derecho internacional ha incorporado límites a su ejercicio, en lo que a nuestro juicio constituye la constatación de que esa relación de complementariedad a la que antes nos referíamos está condicionada a que en caso de conflicto con los derechos humanos individuales, los derechos colectivos deberán de pasar a un segundo plano, primando siempre el interés individual de la persona indígena que jamás podrá ver menguado sus derechos individuales en nombre de la tradición o de la identidad cultural. En ese sentido hablaríamos que en el derecho internacional de los derechos de los pueblos indígenas se abre paso a una relación de *complementariedad condicionada* entre los derechos humanos individuales y los derechos colectivos indígenas, y la condición precisamente tiene que ver con la primacía, llegado el conflicto, de los primeros sobre los segundos.

Como bien se ha señalado los derechos colectivos no son ningún sustituto del goce de los derechos individuales y no se sobreponen a estos. Los derechos colectivos de los pueblos indígenas deben ser vistos, más bien, como una condición necesaria para el pleno disfrute de los derechos individuales y, al revés, los derechos de las colectividades indígenas deben ser considerados como derechos humanos solamente cuando, a su vez, acreditan el goce de los derechos humanos individuales y no los aplastan²⁹⁸. De esta manera, clarificando los límites de lo que no es tolerable en nombre de los derechos colectivos indígenas, entendemos que el derecho internacional vigente en la materia profundiza de manera más ajustada el fundamento de los mismos.

El propio *Convenio 169* es muy claro al respecto al disponer que : “Deberán adoptarse las medidas especiales que se precisen para salvaguardar las personas, las instituciones, los bienes, el trabajo, las culturas y el medio ambiente de los pueblos interesados [y que] el goce sin discriminación de los derechos generales de ciudadanía no deberá sin sufrir menoscabo alguno”²⁹⁹. También el Convenio, al referirse a los métodos a los que los pueblos recurren tradicionalmente para la represión de los delitos cometidos por sus miembros, aclara que estos deberán respetarse siempre y cuando sean compatibles con el sistema jurídico nacional y con los derechos humanos internacionalmente reconocidos³⁰⁰. En una línea parecida, la *Declaración de las Naciones Unidas* dispone, como ya hemos adelantado, que : “Los pueblos indígenas tienen derecho a promover, desarrollar y mantener sus estructuras institucionales y sus propias costumbres, espiritualidad, tradiciones, procedimientos y prácticas y, cuando existan, costumbres o sistemas jurídicos, de conformidad con las normas internacionales de derechos humanos”³⁰¹.

Contundentes son también algunas disposiciones generales que se han consensuado en un contexto interamericano. Concretamente el artículo 34 bis recoge : “Nada en esta Declaración puede ser interpretado en el sentido de limitar, restringir o

²⁹⁸ Rodolfo Stavenhagen, *Los derechos indígenas*, *supra* nota 147 en la p. 63.

²⁹⁹ *Convenio 169*, *supra* nota 17, art. 4.1 y 4.3.

³⁰⁰ *Ibid.*, art. 9.

³⁰¹ *Declaración de las Naciones Unidas*, *supra* nota 17, art. 34.

negar en manera alguna los derechos humanos, o en el sentido de autorizar acción alguna que no esté de acuerdo con el derecho internacional de los derechos humanos”³⁰².

Por su parte, la *Declaración de las Naciones unidas* establece en su último artículo una disposición general de gran alcance para el proceso de concreción de los límites de los derechos de los pueblos indígenas al afirmar que :

1. Nada de lo señalado en la presente Declaración se interpretará en el sentido de que confiere a un Estado, pueblo, grupo o persona derecho alguno a participar en una actividad o realizar un acto contrarios a la Carta de las Naciones Unidas [...] 2. En el ejercicio de los derechos enunciados en la presente Declaración, se respetarán los derechos humanos y libertades fundamentales de todos. El ejercicio de los derechos establecidos en la presente Declaración estará sujeto exclusivamente a las limitaciones determinadas por la ley y con arreglo a las obligaciones internacionales en materia de derechos humanos. Esas limitaciones no serán discriminatorias y serán sólo las estrictamente necesarias para garantizar el reconocimiento y respeto debidos a los derechos y las libertades de los demás y para satisfacer las justas y más apremiantes necesidades de una sociedad democrática. 3. Las disposiciones enunciadas en la presente Declaración se interpretarán con arreglo a los principios de la justicia, la democracia, el respeto de los derechos humanos, la igualdad, la no discriminación, la buena administración pública y la buena fe.³⁰³

Los jueces de la Corte interamericana de derechos humanos han puesto claramente de manifiesto esas las limitaciones del ejercicio de los derechos colectivos de los pueblos indígenas al afirmar, dentro en un contexto general de reconocimiento de la diversidad cultural, que

la invocación de las manifestaciones culturales no puede atentar contra los estándares universalmente reconocidos de observancia y respeto a los derechos fundamentales de la persona humana. Así, al mismo tiempo que afirmamos la importancia de la atención debida a la *diversidad* cultural, inclusive para el reconocimiento de la universalidad de los derechos

³⁰² *Registro actual de Declaración americana*, supra nota 17, art. 34. bis. Esta disposición fue consensuada el 8 de diciembre de 2006. Los textos que sirvieron de base para el proceso final negociación de la Declaración que se prepara al interior de la OEA recogían inicialmente disposiciones muy similares. *Proyecto original*, supra nota 17, art. 2.1. “Los pueblos indígenas tienen derecho al goce pleno y efectivo de los derechos humanos y libertades fundamentales reconocidas en la Carta de la OEA, la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, la Convención Americana sobre Derechos Humanos y otros instrumentos internacionales de derechos humanos; y nada en esta Declaración puede ser interpretado en el sentido de limitar, restringir o negar en manera alguna esos derechos, o en el sentido de autorizar acción alguna que no esté de acuerdo con los principios del derecho internacional, incluyendo el de los derechos humanos” y *Texto consolidado*, supra nota 17, art. 5.

³⁰³ *Declaración de las Naciones unidas*, supra nota 17, art. 46.

humanos, rechazamos con firmeza las distorsiones del llamado “relativismo” cultural.³⁰⁴

Sobre la base de este tipo de disposiciones o comentarios de los jueces internacionales, podemos concluir que asegurar los derechos colectivos de los pueblos indígenas en toda su multidimensionalidad, desde un ejercicio comprometido por parte de la comunidad internacional, supone apostar por la valoración y el reconocimiento de las culturas e identidades diferenciadas que representan estas comunidades etnoculturales distintivas. Una vez reconocido su valor general se avanzará dialogando en conjunto con los pueblos y comunidades involucradas, hacia la crítica de aquellas de sus pautas culturales que no son aceptables en el marco de un sistema internacional tendente a afianzar la democracia y a asegurar los derechos humanos de los individuos.

Ahora bien, en nuestra opinión, si la crítica cultural acontece sin un reconocimiento previo del valor de sus culturas, la misma será contemplada como un atentado, como una agresión foránea, como un intento externo de imponer criterios de justicia identificados con los de la cultura dominante y sobre la base de una supuesta objetividad indiscutible, definida desde fuera de la comunidad, tendente a la desvalorización de la cultura que es criticada, y probablemente la reacción será de mayor repliegue sobre la propia identidad.

Por eso, a nuestro juicio, un paso importantísimo tiene que ver con los avances en materia de reconocimiento de sus derechos diferenciados. En efecto, entendemos que los pueblos indígenas, una vez reconocidos sus derechos, probablemente se sentirán más partícipes de la comunidad internacional y estarán en condiciones de entablar un diálogo constructivo, capaz de hacerles asumir, colectivamente y de manera equilibrada una autocrítica cultural sobre aquellos aspectos de su cultura que no son aceptables para la dignidad de las personas de origen indígena³⁰⁵.

Lo aludido en relación con los límites que ha incorporado el derecho internacional en el proceso de reconocimiento internacional de los derechos de los pueblos indígenas es equiparable a lo acontecido en el emergente derecho internacional de la diversidad cultural. Tanto los instrumentos de la UNESCO, como la *Carta iberoamericana de la cultura*³⁰⁶ o la propuesta en torno a la Alianza de civilizaciones trazan unas líneas rojas que no pueden traspasarse bajo ningún concepto.

³⁰⁴ *Awax Tingni (Nicaragua)*, supra nota 15 en el párr. 14 del voto razonado conjunto de los Jueces A. A. Cançado Trindade, M. Pacheco Gómez y A. Abreu Burelli.

³⁰⁵ Al respecto suscribo la propuesta de Gregorio Peces-Barba, en su excelente y clarificador trabajo Gregorio Peces-Barba, *La dignidad de la persona desde la Filosofía del Derecho*, 2ª ed., Madrid, Dykinson, 2004 especialmente las pp. 71 y ss. dedicadas a la relación entre dignidad y diferencia y los límites morales, políticos y jurídicos del multiculturalismo.

³⁰⁶ “*Carta cultural iberoamericana*”, *XVI Cumbre iberoamericana de jefes de Estado y de gobierno*, 3-5 de noviembre de 2006, en línea : Organización de Estados iberoamericanos para la educación, la ciencia y la cultura <<http://www.oei.es/xvicumbrecarta.htm>>.

Y es que, en efecto, la diversidad, el valor del pluralismo, la libertad de creencias, de formas de vida, de conductas y de prácticas culturales, el derecho a la diferencia y los derechos colectivos de los pueblos indígenas tienen unas barreras infranqueables, unos límites que no pueden traspasarse. No todo es tolerable desde el punto de vista moral y por ello la diversidad cultural para que sea realmente enriquecedora exige dosis de intolerancia y crítica activa hacia aquellas prácticas culturales que sobrepasan ese coto vedado, el estándar mínimo de derechos internacionalmente reconocidos. El derecho a la diferencia y la valoración de la diversidad no puede llevar consigo la negación de todo valor universal. La UNESCO ha dispuesto claramente al respecto al afirmar que :

La defensa de la diversidad cultural es un imperativo ético, inseparable del respeto de la dignidad de la persona humana. Ella supone el compromiso de respetar los derechos humanos y las libertades fundamentales, en particular los derechos de las personas que pertenecen a minorías y los de los pueblos indígenas. Nadie puede invocar la diversidad cultural para vulnerar los derechos humanos garantizados por el derecho internacional, ni para limitar su alcance.³⁰⁷

Como vimos en el apartado anterior, la propia *Declaración de las Naciones unidas* recoge disposiciones muy claras al respecto y parece que ese es el consenso internacional que se ha llegado, con el que se ha intentado articular, de manera condicionada, intereses individuales y colectivos.

V. A modo de conclusión : Algunos elementos comunes en la protección internacional de la diversidad cultural y de los derechos de los pueblos indígenas

Hasta aquí llega nuestro estudio de la protección de la diversidad cultural y el contenido material de los derechos de los pueblos indígenas reconocidos por el ordenamiento internacional. Evidentemente estamos ante dos marcos normativos e institucionales (no plenamente consolidados y en formación) que tienen sus propios orígenes, un desarrollo y recorrido intransferible y una consecución particular. No podemos confundir ambos marcos ni ámbitos de regulación, de eso no hay duda.

El primero ha sido impulsado fundamentalmente por la sociedad civil vinculada a la actividad cultural, la UNESCO y algunos Estados (iberoamericanos y francófonos) especialmente sensibilizados con la protección de la diversidad cultural y ha encontrado respaldo en iniciativas regionales, como la *Carta iberoamericana de la cultura*, o globales del ámbito de Naciones unidas, como la Alianza de

³⁰⁷ *Declaración universal de la UNESCO*, supra nota 3, art. 4. *Convención sobre la diversidad de las expresiones culturales*, supra nota 153, art. 2.1. “Nadie podrá invocar las disposiciones de la presente Convención para atentar contra los derechos humanos y las libertades fundamentales proclamados en la Declaración Universal de Derechos Humanos y garantizados por el derecho internacional, o para limitar su ámbito de aplicación.”

civilizaciones. El segundo ha sido posible gracias al activo papel que vienen jugando los pueblos indígenas de todo el mundo desde hace tres décadas, a su especial habilidad para ocupar espacios de influencia o decisión en el ámbito de las organizaciones internacionales (Naciones unidas, OEA, Comunidad andina o Fondo indígena)³⁰⁸ y a la capacidad de consenso que finalmente han demostrado junto a la mayoría de los Estados que participaron en los procesos de negociación en el marco de las Naciones unidas. Es decir, estamos, como casi siempre, ante avances acontecidos en un plano normativo en el marco del derecho internacional que responden a dinámicas sociales y políticas que vienen fraguándose desde hace tiempo, en lo que constituye una clara interrelación entre derecho y sociedad.

Pese a la especificidad de cada uno de los procesos descritos y analizados lo cierto es que ambos de retroalimentan y refuerzan mutuamente como hemos intentado poner de manifiesto en las páginas previas. Dos son los principios fundamentales que los inspiran a los que ya hemos aludido : el principio –en formación en el derecho internacional- de la cooperación para la salvaguarda, mantenimiento y reforzamiento de la diversidad cultural y el principio bien consolidado, pero aplicado con limitaciones a los pueblos indígenas, de la libre determinación. El fin último de ambos procesos es coincidente y se afianza en la premisa de que la diversidad cultural -que en gran medida representan los pueblos indígenas de todo el mundo- es un valor universal que debe ser protegido por la comunidad internacional. Para ello asegurar los derechos de los pueblos indígenas es una condición de posibilidad.

Más allá de estos principios que se consolidan mutuamente, varios son los elementos coincidentes o rasgos comunes de los marcos normativos e institucionales estudiados hasta aquí y que están relacionados con un modelo político, filosófico y normativo concreto a la hora de gestionar la diversidad cultural que podemos identificar con el modelo intercultural:

A) En primer lugar, parece indudable que ambos ámbitos de regulación se afianzan en las premisas de que la diversidad cultural es un elemento positivo para nuestras sociedades y en la igual dignidad y valor de cada cultura, como recogen explícitamente los instrumentos de la UNESCO, de manera implícita el preámbulo de la *Declaración de las Naciones unidas* y otros muchos de los instrumentos o documentos trabajados o mencionados. En efecto ambos procesos celebran la diversidad cultural como una realidad que nos remite a la pluralidad de identidades que caracterizan los grupos y sociedades que integran la humanidad y a la afirmación de que todas las culturas deben ser respetadas. Cada cultura, pese a la jerarquización y desigualdad que las caracteriza de hecho, es en sí misma un valor y un patrimonio

³⁰⁸ Hay varios ejemplos sobresalientes al respecto como el Foro permanente de las Naciones unidas o el Consejo consultivo de la comunidad andina. Ahora bien de entre todos ellos quizás el más relevante sea el Fondo indígena. En efecto la participación de representantes de los pueblos indígenas en los órganos de dirección del Fondo, en igualdad de condiciones con los representantes de los gobiernos de los países miembros, es la característica institucional más importante y singular del organismo, habida cuenta que se trata de una entidad de derecho internacional público, establecida por un tratado multilateral que recoge el principio de asistencia y representación paritaria. Sobre esta singular organización internacional puede consultarse nuestro trabajo Oliva Martínez, *El Fondo*, *supra* nota 39.

singular que integra ese patrimonio general de la humanidad, que es la diversidad cultural.

B) En segundo lugar, ambos procesos también reafirman, consecuentemente, el derecho de todo ser humano a ver preservada su cultura. La cultura, mucho más allá de las representaciones folclóricas, se contempla en un sentido amplio que afecta a dimensiones políticas, sociales, económicas, normativas, participativas, propiamente culturales e incluso territoriales con proyección en derechos concretos como los derechos de los pueblos indígenas analizados. Se asumen como propios los avances que al respecto se han producido desde un punto de vista estrictamente normativo en el derecho internacional de nuestro tiempo y se completan en el caso de los pueblos indígenas con derechos colectivos específicos. En ambos procesos, que nos remiten a avances normativos e institucionales, se pone claramente de manifiesto que la dignidad de las personas está estrechamente relacionada con el respeto a su identidad cultural debido a la incardinación cultural de la existencia humana.

C) En tercer lugar, podemos afirmar que lejos de asumir una concepción petrificada de las culturas, en ambos ámbitos internacionales de regulación en formación se asume que las culturas son dinámicas y pueden transformarse o permanecer, si se dan garantías para ello, sobre la base fundamental de la libre determinación de los pueblos y del ejercicio real de la autonomía. Se parte de la premisa de que las culturas, también las indígenas por supuesto, son diferentes, diversas, manifiestan procesos intrínsecos, propios, autónomos, particulares, se transforman, varían con el paso de los años, se desarrollan acorde a las tradiciones y valores que incorporan, y de ahí su riqueza y su valor. Esta visión dinámica de la cultura aleja a ambos marcos normativos e institucionales de una suerte de proteccionismo conservacionista de carácter cultural.

D) En cuarto lugar, ambos marcos normativos en formación claramente ofrecen una oposición frontal al etnocentrismo que, como sabemos, implica una sobrevaloración de la cultura propia frente a la cultura del otro, del diferente. Una manifestación específica de este tipo de actitudes etnocéntricas constituye lo que conocemos como eurocentrismo, que ha afirmado la razón occidental como razón universal, que ha sido la base de las relaciones que entablaron los europeos con otros pueblos y que tanto daño ha hecho a las autoestima cultural de otros grupos humanos a lo largo de los tiempos, muy especialmente a los pueblos indígenas. Es importante reconocer aquí que el etnocentrismo al que aparecen asociados los prejuicios y las imágenes despreciativas que el “nosotros” despliega hacia los “otros” no es algo exclusivo del pensamiento de occidental –como a veces suele plantearse– sino que está inserto en la historia de la humanidad y presente en muy diferentes culturas y civilizaciones. Los avances en materia de protección de la diversidad cultural y los derechos de los pueblos indígenas están afianzados precisamente en la convicción de que el etnocentrismo (de origen occidental u otro) no puede ser ya la base de partida para la relación entre grupos culturales diferenciados. Consecuentemente, con lo apuntado hasta aquí, parece evidente que ambos procesos se muestran críticos con las propuestas excluyentes y asimilacionistas de la diferencia.

E) Parece indudable que los avances normativos e institucionales estudiados en este trabajo se inspiran en lo que podemos denominar la ética del reconocimiento³⁰⁹. Como se ha apuntado, el reconocimiento no significa simplemente, aguantar, soportar o tolerar al otro :

El reconocimiento es más que la tolerancia positiva. Reconocer al otro en su alteridad radical es más que respetar su autonomía, es percibirlo como valioso [...] La gente merece y desea respeto, no condescendencia. El verdadero reconocimiento [...] se da en la experiencia del encuentro con el otro. Pero sólo es posible en relaciones auténticamente simétricas y libres de coacción. El verdadero reconocimiento presupone una actitud reflexiva en relación con nosotros mismos, una objetivación de nuestra manera de entender y valorar el mundo [...] tomar distancia de nuestra cultura para valorarla como un punto de vista más entre nosotros. Nos permite liberarnos del etnocentrismo acrítico que impide la apertura al otro y la valoración de las diferencias. La valoración a posteriori de lo diferente es el reconocimiento auténtico. Presupone una empatía inicial, una apertura emocional –y no solamente intelectual- hacia el otro. El reconocimiento, la comprensión y la valoración a posteriori de las diferencias hacen posible el enriquecimiento y la autocreación recíproca, es decir, la interculturalidad.³¹⁰

Pues bien en gran medida ambos procesos a nuestro juicio concuerdan en este sustento axiológico relacionado con la ética del reconocimiento.

F) En los procesos estudiados se da suma importancia al diálogo, la cooperación intercultural y la lucha contra las injusticias sociales y referencias a este tipo de prácticas hay en muchos de los instrumentos estudiados. Estos son otros de los elementos comunes compartidos. El diálogo no será posible si, tal y como se ha señalado, no se produce un esfuerzo antifundamentalista para poder encontrarse con los otros y poder percibir las diferentes expresiones o manifestaciones de la condición humana³¹¹. Nos encontramos, cuando analizamos los avances en materia de protección de la diversidad cultural y la protección de los derechos indígenas, ante un importante desafío consistente en repensar las relaciones entre los grupos culturales diferenciados desde un objetivo de aproximación y de reconocimiento del valor del otro cultural, desde la deconstrucción de la propia identidad y el convencimiento de que ésta es una construcción artificial, contingente, histórica y por lo tanto mudable y modificable. Apostar por ese tipo de relaciones culturales en gran medida es favorecer el diálogo entre culturas, pero para hacer éste posible se requiere también trabajar en favor de un mundo más justo. A nuestro juicio en los desarrollos estudiados se tiende a favorecer la solidaridad entre las diferentes culturas y promover una corrección de

³⁰⁹ Como es sabido, este concepto, que tanta influencia está teniendo en los estudios de la cultura, fue acuñado por Charles Taylor, *El multiculturalismo y la ética del reconocimiento*, México, Fondo de Cultura Económica de España, 1993.

³¹⁰ Fidel Tubito Arial, “Interculturalizando el multiculturalismo” en *Encuentro internacional sobre interculturalidad*, Barcelona, Fundación CIDOB, 2001 en las pp. 189-190.

³¹¹ María José Fariñas Dulce, “Claves para el diálogo entre culturas” *El País* (18 de julio de 2005) en la p. 14.

las desigualdades sociales y económicas. No puede haber diálogo intercultural³¹² entre grupos culturales diferenciados y distanciados socioeconómicamente por brechas insalvables. La pobreza, la exclusión, las desigualdades y el subdesarrollo suponen una traba para el diálogo intercultural. Sin justicia social no es factible la convivencia intercultural, de ahí la importancia de la cooperación y la solidaridad.

G) Los marcos normativos e institucionales estudiados están vinculados al pluralismo cultural como propuesta política capaz de gestionar la diversidad cultural, desde el favorecimiento de las relaciones interétnicas, y privilegiando los principios de igualdad, de diferencia y de interacción positiva e intercomunicación entre los diferentes grupos culturales, indígenas y no indígenas. En un plano internacional, con este tipo de avances se trata de promover un modelo alternativo llamado a generar nuevas relaciones de comunicación, reconocimiento recíproco y encuentro entre los grupos culturales. Es un modelo capaz de romper las dinámicas monoculturales y etnocéntricas y de avanzar más allá del multiculturalismo como horizonte de tolerancia de las particularidades culturales hacia un encuentro cultural afianzado en el diálogo respetuoso entre diferentes, base de una comunidad internacional más participativa, de un derecho internacional más legitimado a ojos de las culturas no europeas y de una convivencia internacional pacífica.

H) Lo que es indudable es que la autonomía de las personas y la preservación de la dignidad humana como pilares básicos de las relaciones interculturales son otros elementos comunes de ambos procesos. El punto de partida, el horizonte de referencia, el objetivo primordial o el axioma estructurador de la propuesta asociada al interculturalismo en el que se apoyan los avances en materia de protección de la diversidad cultural y los derechos de los pueblos indígenas, a nuestro juicio, está vinculado al intento, complejo pero necesario, de armonizar el respeto y valoración de las culturas con la preservación de la dignidad, fin último de los derechos humanos, asegurando vidas más plenas y florecientes. La autonomía de las personas es irrenunciable y hay que asegurar que aquellas puedan elegir su propia vida, evitando restricciones internas bajo pretextos culturales³¹³, al tiempo que externamente se promueve la protección de la identidad cultural diferenciada. Todo ello está relacionado con los límites a la diversidad cultural y los derechos de los pueblos indígenas anteriormente estudiados.

³¹² Ramón Panikkar ha reflexionado sobre el valor de esta modalidad de comunicación y encuentro entre los seres humanos en Ramón Panikkar, *Sobre diálogo intercultural*, Salamanca, San Esteban, 1990. También cabe destacar el trabajo de Miquel Rodrigo, *La comunicación intercultural*, Madrid, Anthropos, 1999 y el libro del profesor Norbert Bilbeny, *Por una causa común, Ética para la diversidad*, Barcelona, Gedisa, 2002 en las pp. 141-151, sobre todo el capítulo 9 "Las virtudes del diálogo". Höffe, *supra* nota 8 en la p. 174 destaca la relación que ha de existir entre diálogo intercultural y derechos humanos. "Si éstos han de ser exigidos a otras culturas sin violentarlas, entonces se precisa de un diálogo intercultural que venga a sustituir la enseñanza autosuficiente y unilateral de los demás. Para ello no basta con exponerse recíprocamente los propios puntos de vista y permitir demandas de información aclaratoria. Y como también hay que plantearse la cuestión de la legitimación, y profundizar además en los fundamentos de una cultura, el diálogo se convierte en discurso."

³¹³ Adela Cortina, "Europa intercultural" *El País* (22 de noviembre de 2005).

Estos son, a nuestro juicio, algunos de los elementos compartidos en ambos procesos. Probablemente hay otros muchos y, de los incluidos, admitimos que algunos pueden ser discutidos.

Parece, por lo estudiado hasta aquí, que no es casualidad que al interior de la UNESCO se hayan producido los avances normativos e institucionales más relevantes en materia de protección de la diversidad cultural al tiempo que los derechos de los pueblos indígenas se han adentrado en la agenda de la comunidad internacional, clarificándose poco a poco la titularidad de los derechos, su contenido material y las obligaciones estatales en la materia. Tampoco es casualidad que ambos compartan gran parte de sus principios inspiradores y objetivos últimos.

En definitiva, ambos procesos están relacionados con el intento por conformar nuevos sectores del derecho internacional capaces de responder eficazmente a algunos de los desafíos internacionales de nuestro tiempo, especialmente aquellos que están relacionados con el encuentro entre grupos culturales y civilizaciones diferentes, con la armonización de las prácticas globales tendentes a facilitar la promoción de los derechos fundamentales y la preservación de la diversidad cultural. Podemos afirmar por lo tanto que ambos marcos de regulación han surgido con la vocación de convertirse en elementos complementarios en un nuevo vector de las relaciones internacionales y del derecho internacional de nuestro tiempo. Suponen un nuevo intento por proponer un proyecto general llamado a reorganizar los encuentros civilizatorios y a crear las condiciones para un auténtico diálogo mundial “que avance hacia mayores espacios de encuentro y de fertilización intercultural, insistiendo en la valoración positiva de las diferentes tradiciones del saber y experiencia de todos los pueblos”³¹⁴.

Ambos procesos nos ponen de manifiesto que el objetivo de la homogeneidad de las naciones y la concepción de la diversidad cultural como fuente de conflicto y división no pueden ser ya la base de sociedades que de hecho son abiertamente pluriculturales y los Estados, en definitiva, han de ser una manifestación de la voluntad de la multiplicidad de los pueblos y grupos que los componen y que han decidido compartir libremente un nuevo proyecto común. Todo ello ha requerido de acciones en la comunidad internacional que, a partir de la generación de normas e instituciones concretas, refuercen este tipo de desarrollos en un ámbito internacional y proyecten un clima de reconocimiento, reciprocidad y solidaridad entre las culturas al tiempo que se hace posible la conciliación de los valores universales con las particularidades representadas en las diferentes culturas presentes en la humanidad.

Estos avances acontecidos, que aquí hemos estudiado, nos enfrentan a una reconceptualización de la ciudadanía y a la consolidación del rescate postmoderno de la diferencia, como valor jurídico y político, al que ha de ser sensible el derecho internacional y los ordenamientos internos. La aceptación equilibrada y crítica de la diferencia, en la que se fundamenta la diversidad, debe ser la clave de la generación de nuevas sociedades inclusivas que habrán de desarrollarse a partir del pluralismo

³¹⁴ Nourredine Affaya, “La interculturalidad como horizonte de pensamiento y de acción”, en *Encuentro internacional sobre interculturalidad*, Barcelona, Fundación CIDOB, 2002 en la p. 58.

cultural que no debe limitarse a constatar la diversidad, sino a intervenir sobre ella con el objetivo de que siga existiendo. En todo ello la normativa y las instituciones internacionales estudiadas pueden jugar un importante papel. El pluralismo cultural que promueven habría de partir, en definitiva, del reconocimiento de la alteridad que ha de alejarse de un tratamiento paternalista, asimilacionista, segregacionista, invisibilizador o discriminatorio hacia el diferente.

A nuestro juicio el gran desafío pasa por coadyuvar desde las instituciones internacionales a consolidar sociedades nacionales de nuevo cuño, participativas, cívicas y culturales, es decir genuinamente autorreguladas pero afianzadas en la ciudadanía intercultural y asegurar el respeto a la diversidad y la identidad de las comunidades diferenciadas. Todo ello en un marco de justicia social e igualdad de oportunidades que incorpore a todos los sectores sociales en la vida política, social y económica sin que por ello los grupos etnoculturales diferenciados representados por los pueblos indígenas hayan de perder, en absoluto, su valiosa identidad cultural.

Para que la ciudadanía cultural en el marco de una democracia cívica sea factible y explore en profundidad las posibilidades de un marco de convivencia renovado, no basta con que las personas pertenecientes a minorías culturales o pueblos indígenas sean titulares individuales o colectivos de derechos recogidos en el derecho internacional, que sean reconocidos como miembros de una comunidad etnocultural diferenciada o que la UNESCO promueva la diversidad cultural o proteja sus expresiones o creaciones culturales, sino que indudablemente el complemento necesario e imprescindible nos sitúa ante la necesidad de que se les posibilite, política, institucional y jurídicamente, al interior de los Estados la oportunidad de vivificar la ciudadanía en el espacio público y de deliberación colectiva, con el objetivo de hacerles sentirse protagonistas de la democracia, avanzando hacia un reconocimiento real y no retórico del valor de la diversidad cultural.

Lo que parece cierto es que, en el nuevo contexto político globalizado, solamente con la participación activa de los grupos culturalmente diferenciados y el reconocimiento internacional de sus derechos podrá constituirse una globalización realmente multiétnica, basada en la diversidad social y en el valor de la variabilidad y diferenciación cultural, una democracia global incluyente, plural y equitativa. En este proceso las organizaciones internacionales pueden reforzar tendencias interesantes a favor de nuevos marcos de relación asegurando espacios de representación y participación para actores no estatales. El caso de los pueblos indígenas es paradigmático al respecto.

* * *

Como conclusión final podemos afirmar que el proceso de reconocimiento de los derechos de los pueblos indígenas y los nuevos instrumentos internacionales adoptados en el marco de la UNESCO y, en menor medida, en contextos de asociación o cooperación de ámbito regional vienen contribuyendo por lo tanto a

generar nuevas tendencias en el derecho internacional, que nos aproximan utópicamente (en la mejor acepción de la palabra) hacia un ordenamiento global renovado. Un nuevo ordenamiento, que deberá estar afianzado en el diálogo intercultural, habrá de mostrarse sensible a las cuestiones identitarias y estar inspirado en ese noble objetivo último de asegurar la dignidad y vida autónoma de todos los hombres y mujeres, independientemente de sus orígenes geográficos, creencias, características fenotípicas, identificación étnica o nacionalidad, al tiempo que promueve el mantenimiento de la diversidad cultural como garantía de un desarrollo más plural para el conjunto de la humanidad.