

EN BUSCA DE UN ESTATUTO JURÍDICO PARA LOS PUEBLOS INDÍGENAS

VALENTÍN BOU FRANCH*

SUMARIO: 1. Introducción. 2. Su Estatuto Jurídico en el Derecho Comparado. 2.1. Los pueblos indígenas en América del Norte. 2.1.1. Canadá. 2.1.2. Estados Unidos de América. 2.1.3. México. 2.2. Los pueblos indígenas en América del Centro y del Sur. 2.2.1. Guatemala. 2.2.2. Nicaragua. 2.2.3. Belice. 2.2.4. Honduras. 2.2.5. Colombia. 2.2.6. Bolivia. 2.2.7. Ecuador. 2.2.8. Venezuela. 2.2.9. Perú. 2.2.10. Paraguay. 2.2.11. Brasil. 2.2.12. Chile. 2.3. Los pueblos indígenas en Oceanía. 2.3.1. Australia. 2.3.2. Nueva Zelanda. 3. La emersión de un Estatuto Internacional para los pueblos indígenas. 3.1. Los tratados internacionales celebrados con los pueblos indígenas. 3.2. La necesidad de un régimen específico para los pueblos indígenas. 3.3. La Organización Internacional del Trabajo y los pueblos indígenas. 3.4. La emersión de un Derecho Internacional consuetudinario sobre los pueblos indígenas. 4. Consideraciones finales.

1. INTRODUCCIÓN

La preocupación por los derechos de los pueblos indígenas apareció con los orígenes de la Ciencia del Derecho Internacional. Los frailes dominicos Bartolomé de Las Casas (1476-1566) y Francisco de Vitoria (1486-1547) fueron pioneros en este lance. Bartolomé de Las Casas fue misionero en América, convirtiéndose en un ardiente defensor de los derechos de los indígenas americanos. En su obra *Historia de las Indias* describió los excesos cometidos por la conquista y colonización hispana, narrando la esclavización y las masacres cometidas contra los pueblos indígenas a principios del siglo XVI. De Las Casas criticó en especial el sistema de encomiendas, que concedía derechos sobre las tierras y el trabajo de los indios a los conquistadores y colonizadores castellanos¹.

* Profesor Titular de Derecho Internacional Público y Relaciones Internacionales. Universitat de València.

¹ DE LAS CASAS, B., «Historia de las Indias». En: *Obras escogidas de fray Bartolomé de Las Casas*, 5 vols., edición de J. Pérez de Tudela, 1957. MARKS, G. C., «Indigenous Peoples in International Law: The Significance of Francisco

Francisco de Vitoria, profesor en la Universidad de Salamanca, no llegó a conocer el continente americano. En sus lecciones magistrales sobre los indios, Vitoria cuestionó los títulos españoles basados en el mero descubrimiento o en la donación papal. Vitoria sostuvo que los indios poseían ciertos derechos de autonomía y títulos sobre sus tierras que los colonizadores estaban obligados a respetar, pero también sistematizó los argumentos por los cuales los castellanos podían adquirir válidamente dominio sobre las tierras de los indios².

Vitoria fue consciente de que las concepciones universalistas (teocráticas o imperialistas) estaban destinadas a desaparecer y que se estaba formando una pluralidad de Estados nacionales. Ante ello, configuró un Derecho de gentes de ámbito universal, que regulase las relaciones entre entidades políticas diversas e independientes. Vitoria definió a este Derecho alterando un conocido pasaje de las *Institutiones* de Justiniano, sustituyendo la palabra *homines* por la palabra *gentes*: «*Quod naturalis ratio inter omnes gentes constituit, vocatur ius gentium*»³.

Según Vitoria, los principios del Derecho natural demuestran que todas las gentes se constituyen en sociedades políticas distintas. De esta forma, niega toda autoridad política que se conciba como suprema y universal, ya sea ésta la del Pontífice o la del Emperador. Vitoria sentó las premisas teóricas para la expansión de las potencias europeas, y sobre todo de España, hacia los territorios del Nuevo Mundo. Del mismo modo

de Vitoria and Bartolomé de Las Casas», *Australian Yearbook of International Law*, 13, 1992.

- ² VITORIA, *De Indis et de iure belli relectiones*, obra que constituye una de las *Relectiones morales*, Coloniae & Francofurti, 1696 (lección pronunciada en 1532, publicada por primera vez en 1557 y reeditada, con traducción inglesa e introducción de Nys, en Washington en 1917). Vide BARCIA TRELLES, «Francisco de Vitoria et l'école moderne du droit international», *Recueil des Cours de la Académie de Droit International*, 1927, II, pp. 113 y ss.; MANGAS MARTÍN, A., (comp.), *La Escuela de Salamanca y el Derecho Internacional en América*, Salamanca, 1993; TRUYOL SERRA, A., «Los clásicos españoles del derecho de gentes y la protección de los indios». En: *Los derechos humanos en América - Una perspectiva de cinco siglos*, Salamanca, 1994.
- ³ Traducción privada: «Se llama Derecho de gentes lo que es razón natural entre todos los pueblos». VITORIA, *De Indis et de iure belli relectiones*, op. cit., p. 386. «Al cambiar, en la definición de Gayo, la palabra *homines* por *gentes*, Francisco de Vitoria transformó el *ius gentium* tradicional en un *ius inter gentes*: «*Quod naturalis ratio inter omnes gentes constituit, vocatur ius gentium*». Que tal sustitución fue consciente, ha sido reiteradamente puesto de manifiesto por los expositores de Vitoria». TRUYOL SERRA, A., *Fundamentos de Derecho Internacional Público*, 4.ª ed., Madrid, 1977, p. 24.

que las gentes cristianas, también las gentes «infieles», que han establecido autoridades temporales y civiles, son destinatarias de las normas del Derecho natural y del Derecho positivo. Para todas las gentes es válido el *ius communicationis*, en cuya virtud nadie puede resultar privado del derecho de mantener relaciones con los otros. El carácter universal y paritario de la sociedad de las gentes no excluye, según Vitoria, un derecho de intervención de tipo «evangelizador», que actúa a favor de las gentes cristianas y que se traduce en el derecho de predicar pacíficamente el Evangelio en todo el mundo. Del mismo deduce un justo derecho de guerra (*bellum iustum*) y conquista, aunque sólo si la predicación del Evangelio se impide con la fuerza, si los misioneros resultan atacados o si se impide la profesión de la fe por los convertidos⁴.

Fue precisamente la configuración del denominado derecho de misiones o de evangelización el que distinguió a los diversos pensadores que siguieron a Vitoria. Bartolomé Carranza (1503-1576) escribió que los infieles podían negarse a escuchar la predicación del Evangelio, sin que por ello se pudiera ejercer coacción alguna sobre ellos. Sin embargo, para Domingo de Soto (1494-1560) la propagación de la fe constituía un motivo por el que las gentes cristianas podían derogar el cumplimiento de normas jurídicas, como la norma *pacta sunt servanda* o la norma sobre la inviolabilidad de los embajadores. En el desarrollo de doctrinas de este último tipo se encuentran los orígenes de las concepciones sobre los «pueblos no civilizados» y el trato a ellos aplicable, que en alguna medida todavía persisten en la actualidad. Sin embargo, la concepción del Derecho de gentes como Derecho exclusivo de las «naciones civilizadas» significa la negación de la idea de universalidad del Derecho de gentes de la que Vitoria había partido.

La evolución posterior del Derecho Internacional se fue progresivamente olvidando de los derechos de los pueblos indígenas. La propia idea del Estado-nación dificultó siempre a los pueblos indígenas no europeos la posibilidad de ser calificados como tales. La noción de Estado-nación en el sentido postwestfaliano se basó en modelos de organización social y política europeos, definidos principalmente por la integridad del dominio territorial y la autoridad jerárquica y centralizada. Incluso el auge de la escuela positivista a finales del siglo XIX y principios del siglo XX permitieron que el Derecho de gentes o Derecho Internacional se convirtiera en un factor de legitimación de la colonización y el imperia-

«*Causa iusti belli non est diversitas religionis*». VITORIA, *De Indis et de iure belli relectiones*, op. cit., p. 427.

lismo, en vez de ser un factor de emancipación de los pueblos indígenas.

Esta evolución del Derecho Internacional, que llevó a una situación de marginalidad jurídica, cuando no inexistencia legal, de los pueblos indígenas, fue acompañada de una evolución similar de los ordenamientos jurídicos nacionales de aquellos Estados en los que habitan pueblos indígenas. El resultado es imaginable: los pueblos indígenas fueron desposeídos de sus tierras y recursos naturales, viéndose forzados a elegir entre sucumbir o adoptar los modos de vida de los conquistadores. Las políticas nacionales integracionistas o asimilacionistas, que se siguieron durante muchísimos años, han relegado a las peores condiciones socioeconómicas a la práctica totalidad de los pueblos indígenas.

Sin embargo, ni siquiera las políticas más radicalmente integracionistas o asimilacionistas han terminado con las peculiaridades políticas, sociales económicas y culturales que identifican a los pueblos indígenas. Es más, el proceso de humanización y moralización del Derecho Internacional y de los Derechos nacionales que ha caracterizado a la segunda mitad del siglo XX ha llevado a reconocer que los más de 300 millones de indígenas existentes también disfrutan, como todos los demás seres humanos, de un amplio elenco de derechos humanos de tipo individual e, incluso, que como pueblos indígenas también son titulares de derechos colectivos que los identifican frente al resto de la sociedad internacional. Este regreso del Derecho hacia los pueblos indígenas se hizo bien evidente cuando la Asamblea General de las Naciones Unidas expresó su reconocimiento internacional, al declarar al año 1993 como el «Año internacional de los pueblos indígenas del mundo»⁵, al que le siguió la proclamación de la década 1995-2004 como la «Década internacional de los pueblos indígenas del mundo», con el propósito no sólo de honrar la memoria de sus víctimas, sino también de celebrar a sus supervivientes y sus valores⁶.

Por ello, en este trabajo realizaremos en primer lugar un examen del estatuto jurídico de los pueblos indígenas en el Derecho comparado para, a continuación, analizar el Derecho Internacional emergente sobre los pueblos indígenas.

⁵ Resolución 45/164, de 1990, de la Asamblea General de las Naciones Unidas.

⁶ La Resolución 48/163, de 1993 proclamó la existencia de esta Década, que se extiende desde el 10-XII-1994 hasta el 10-XII-2004. Esta Resolución ha sido desarrollada por las Resoluciones 50/157, de 1995 y 51/78, de 1997, ambas de la Asamblea General de la ONU, así como por la Resolución 1997/32 de la Comisión de Derechos Humanos de la ONU.

2. SU ESTATUTO JURÍDICO EN EL DERECHO COMPARADO

Los pueblos indígenas existen en los cinco continentes habitados. Tienen una importancia muy grande en América y Oceanía. Su situación en África está poco estudiada, aunque sin duda existen importantes comunidades indígenas como los Kung en el desierto de Kalahari, el pueblo Ogoni en Nigeria o los Masai en Kenia⁷. En el continente asiático también existen comunidades indígenas, entre otros, en Estados tales como China, India, Indonesia o Filipinas⁸. Incluso en Estados que se han considerado tradicionalmente monoétnicos, como Japón, el 27-III-1997 la Corte del Distrito de Sapporo reconoció que los Ainu constituyen una comunidad indígena y que, como tal, tienen derechos especiales⁹. Hasta en la propia Europa, continente que históricamente ha representado al colonialismo, todavía quedan pueblos indígenas¹⁰. Pese a ello, lo cierto es que la supervivencia de comunidades indígenas reviste una especial importancia en los continentes de América y Oceanía. De ahí que, para tratar de tener una visión amplia de la situación jurídica de las comunidades indígenas en el Derecho comparado, nos vamos a centrar en los principales Estados de estos dos continentes donde todavía perviven las denominadas «primeras naciones».

2.1. Los pueblos indígenas en América del Norte

2.1.1. Canadá

En el caso de Canadá, las 630 Primeras Naciones (*First Nations*) reconocidas a nivel federal engloban aproximadamente a 1.200.000 indígenas que, aunque reciben más de 5 mil millones de dólares canadienses cada año del Gobierno federal, siguen ocupando los niveles socio-económicos más inferiores.

Su estatuto jurídico está en gran parte condicionado por la forma en que se llevó a cabo la colonización de estos territorios. La soberanía

⁷ LYNCH, O. J., «Legal Challenges Beyond the Americas: Indigenous Occupants in Asia and Africa», *St. Thomas Law Review*, 9, 1996, pp. 93 y ss.

⁸ BARNES, R. H., et al (eds.), *Indigenous Peoples of Asia*, 1995.

⁹ A esta sentencia le siguió una Ley de 19-VI-1997 promulgada para proteger la cultura y la tradición Ainu, disponible en <http://www.embiapan.con.org/Ott/Jbr/ibrief65.htm>.

¹⁰ JONES, M., *The Sami of Lapland*, 1982; BEACH, H., «The Saami of Lapland». En: *Polar Peoples: Self-determination and development*, 1994.

británica sobre Canadá no se impuso a título de conquista. Así, la *Royal Proclamation of October 7, 1763*, reconoció los derechos territoriales indios, calificándolos como «*pre-existing rights*». A los tratados de paz y amistad con las naciones indias, que comenzaron a celebrarse en 1640, a partir de 1790, y hasta mediados del siglo XX, les sucedió una práctica consistente en negociar tratados de cesión de territorios. Sin embargo, en el caso de los últimos territorios que se incorporaron al Canadá (British Columbia, Territorios del Nord-Oeste, Québec del Norte y las zonas Inuit y Yukon) no se celebró tratado alguno, sino que Canadá se estableció en ellos de manera unilateral¹¹. La *British North America Act, 1867*, antecedente de la primera Constitución del Canadá, afirmó la jurisdicción del Parlamento canadiense sobre «*Indians, and Lands reserved for Indians*». En la *Indian Act of 1876*, los poderes de autogobierno de las tribus se redujeron enormemente. Además, pronto se dio un alto grado de incumplimiento de los tratados celebrados con las Naciones Indias, sancionados incluso por la jurisprudencia federal¹².

La reclamación de autogobierno y de reconocimiento de su cultura y de sus derechos tradicionales se incrementó notablemente a partir de 1970. Un hito decisivo fue la sentencia de la Corte Suprema de 1973 en el asunto *Calder v. Attorney General for British Columbia*¹³. Aunque la demanda de los indios Nishgano fue aprobada, el por entonces Ministro para Asuntos Indios, posteriormente Primer Ministro, Sr. *Jean Chretien*, reconoció que la jurisprudencia de la Corte Suprema se estaba acercando progresivamente hacia el reconocimiento de los derechos de las comuni-

¹¹ MORSE, B. W., *Aboriginal Peoples and the Law: Indian, Metis and Inuit Rights in Canada*, 1989; ASCH, M., *Aboriginal and Treaty Rights in Canada: Essays on Law, Equity, and Respect for Difference*, 1997; SANDERS, D., «Aboriginal Rights in Canada: An Overview», *Law and Anthropology*, 2, 1987, pp. 177-193.

¹² En el asunto *R. v. Syliboy* (1929), 1 D. L. R., pp. 313-314, un tribunal del Condado de Nova Scotia declaró que los derechos de caza y pesca reconocidos por tratado a los indios no se podían alegar ni aplicar, porque los Indios no eran potencias legalmente independientes con capacidad para concluir tratados. Más recientemente, la Corte Suprema, en el asunto *Regina v. George* (1966), S. C. R., p. 267, afirmó que los derechos de los indios reconocidos en los tratados consistentes en cazar aves migratorias habían sido derogados por las normas federales generales.

¹³ Véase *Calder v. Attorney General for British Columbia* (1973), S. C. R., pp. 313 y ss. En este asunto, 3 jueces se manifestaron a favor de la demanda de los indios Nishga acerca de que retenían la propiedad de sus territorios tradicionales; otros 3 jueces discreparon, manifestando que el título aborigen se había extinguido con la legislación colonial; el séptimo juez rechazó la apelación por razones de procedimiento.

dades indígenas. El nuevo rumbo dado a la política gubernamental en estos temas se plasmó en la negociación de amplios arreglos de tierras con las Primeras Naciones, incluido el acuerdo de 1975 con los Indios de James Bay Cree en Québec del Norte¹⁴.

Al principio de la década de los ochenta, la Constitución canadiense protegió importantes derechos de las comunidades indígenas del Canadá. Así, la *1982 Constitution Act*, en su sección 25, dispuso lo siguiente:

«guarantees in this Charter of certain rights and freedoms shall not be construed so as to abrogate or derogate from any aboriginal, treaty or other rights and freedoms that pertain to the aboriginal peoples of Canada including: a) any rights or freedoms recognized by the Royal Proclamation of October 7, 1763 and b) any rights or freedoms that now exist by way of land claims agreements or may be so acquired».

Disposición que se complementó en su sección 35, en la que se afirma que:

«(1) The existing aboriginal and treaty rights of the aboriginal peoples of Canada are hereby recognized and affirmed.

(2) In this Act, «aboriginal peoples of Canada» includes the Indian, Inuit and Metis people of Canada (...)»¹⁵.

Este nuevo marco legal llevó a un cambio en la jurisprudencia de la Corte Suprema del Canadá. En el asunto *Simon v. The Queen* (1985), la Corte Suprema anuló la doctrina jurisprudencial sentada en el asunto *Syliboy*, al afirmar que la extinción de los derechos de los tratados indios requiere una prueba estricta de intención¹⁶. Aunque en la práctica plantea problemas la utilización del término «existente» en la sección 35 de la Constitución canadiense, la Corte Suprema estableció criterios para su interpretación en el asunto *Sparrow v. Regina* (1990). En este caso, basándose en el testimonio de un antropólogo, la Corte Suprema reconoció el «derecho aborígen» de los indios a pescar. La Corte llegó a la conclusión de que de la *Fisheries Act* no se podía deducir una «*plain and clear*» intención de extinguir este derecho. Además, la Corte desarrolló un test para justificar *prima facie* cualquier interferencia respecto de cualquier derecho aborígen existente¹⁷.

¹⁴ Texto reproducido en GETCHES, D. H.; WILKINSON, C. F.; WILLIAMS, R. A., *Cases and Materials on Federal Indian Law*, 4.^a ed., 1998, pp. 987 y ss.

¹⁵ GREEN, L. C., «Aboriginal Peoples, International Law and the Canadian Charter of Rights and Freedoms», *Canadian Bar Review*, 61, 1983, pp. 339 y ss.; SLATTERY, B., «The Constitutional Guarantee of Aboriginal and Treaty Rights», *Queen's Law Journal*, 8, 1983, pp. 232 y ss.

¹⁶ *Simon v. The Queen* (1985), S. C. R. 387.

¹⁷ *Sparrow v. Regina* (1990), S. C. R. 1.075.

La tendencia hacia una ampliación de los derechos de las Primeras Naciones sufrió un serio revés en 1992, cuando una enmienda a la Constitución canadiense que les otorgaba mayores derechos de autogobierno fue rechazada mediante referéndum. Aunque las Primeras Naciones insisten en que su derecho a la autodeterminación es un derecho inherente y, como tal, no requiere de su codificación constitucional más allá del reconocimiento que de los tratados y de los derechos aborígenes ya realiza la sección 35 de la Constitución canadiense de 1982¹⁸, lo cierto es que desde entonces se ha evitado la vía constitucional y se ha acudido a otras vías jurídicas para seguir incrementando el elenco de derechos reconocidos a las comunidades indígenas del Canadá. Así, estos derechos se han desarrollado ya sea por la vía legislativa ordinaria¹⁹, ya sea por la práctica renovada de celebrar tratados con las Primeras Naciones²⁰.

El mayor desarrollo de los derechos indígenas se produjo en relación con los aborígenes Inuit en el territorio de Nunavut²¹. Desde que en 1973 el Gobierno canadiense anunciara su disposición a negociar reclamaciones de tierras con las Primeras Naciones, los Inuit insistieron en acompañar sus reclamaciones de propiedad sobre las tierras con reclamaciones de autodeterminación política y, en concreto, con la existencia de un territorio gobernado por los Inuit. En 1982, en los Territorios del Nord-Oeste se celebró un plebiscito oficial sobre una propuesta de escisión del Territorio Inuit de los Territorios del Nord-Oeste. Los resultados no dejaron lugar a dudas: el 57% de los votos fueron partidarios de la escisión y este porcentaje superó el 80% de votos en lo que debería ser el nuevo Territorio Inuit. El 1-IV-1999, los Territorios del

¹⁸ MORSE, B. W., «A View from the North: Aboriginal and Treaty Issues in Canada», *St. Thomas Law Review*, 7, 1995, pp. 671 y ss.

¹⁹ Por ejemplo, la *Sechelt Indian Band Self-Government Act of 1986* transfirió poderes de gobierno municipal a las tribus, así como la propiedad de sus tierras originarias en una superficie superior a los 2.500 acres.

²⁰ Los tratados celebrados en el territorio de la British Columbia estuvieron facilitados por la existencia de una Comisión tripartita, compuesta por representantes de los gobiernos provinciales, federal y de las Primeras Naciones. En esta Comisión se crearon hasta 47 mesas de negociación distintas, representando a más de 120 Primeras Naciones. Un tratado marco exclusivo para el Territorio de Yukon acompañado de dos proyectos de ley que confirmaban los acuerdos alcanzados con 4 Primeras Naciones sobre autogobierno y reclamaciones de tierras fue ratificado por el Parlamento de Canadá en 1994. También se concluyeron acuerdos sobre reclamaciones de tierras que afectaron al Valle MacKenzie y al Ártico Oriental.

²¹ En el idioma Inuit, «Nunavut» significa «nuestra Tierra».

Nord-Oeste se dividieron en dos, apareciendo el nuevo territorio canadiense de Nunavut. Ésta fue la principal consecuencia del Acuerdo sobre reclamaciones de tierras en Nunavut, firmado en 1993 entre los Inuit de los Territorios del Nord-Oeste y el Gobierno Federal del Canadá²² y de la *Nunavut Act of 1993*²³, firmados ambos por el Primer Ministro el 25-V-1993. Debe tenerse en cuenta que, aunque el Gobierno del nuevo Territorio de Nunavut debe elegirse democráticamente con independencia de criterios étnicos, más del 85% de la población de este nuevo territorio son aborígenes Inuit²⁴.

2.1.2. Estados Unidos de América

En los Estados Unidos de América (EEUU) la situación de los pueblos indígenas ha sido objeto de un detallado estudio. Estas comunidades tienen un índice de crecimiento demográfico importante (mientras que en 1960 sólo 523.591 personas se declararon «nativos americanos», en 1990 éste número se había triplicado con creces)²⁵. Aunque actualmente el Gobierno de los EEUU permite a las «tribus reconocidas federalmente» que decidan quiénes son sus miembros, todavía la tribu que pretenda por primera vez su reconocimiento debe demostrar que cumple una serie de requisitos diversos. Así, según los *Procedures for Establishing that An Indian Group Exists As an Indian Tribe*, establecidos por el *Bureau of*

²² CANADA, INDIAN AFFAIRS AND NORTHERN DEVELOPMENT, *Agreement Between the Inuit of the Nunavut Settlement Area and Her Majesty the Queen in Right of Canada* (Ottawa: Minister of Supplies and Services) Ch. 29 (1993) (Can.), disponible en el localizador de Internet: <http://www.inac.gc.ca/pubs/nunavut/index.html>. Con este Acuerdo, los Inuit obtuvieron el título de propiedad sobre 352.191 kilómetros cuadrados, lo que representa casi el 4% del territorio del Canadá.

²³ Ch. 28 (1993) (Can.).

²⁴ KERSEY, A., «The Nunavut Agreement: A Model for Preserving Indigenous Rights», *Arizona Journal of International and Comparative Law*, 11, 1994, pp. 429 y ss.; WUTZKE, J., «Dependent Independence: Application of the Nunavut Model to Native Hawaiian Sovereignty and Self-Determination Claims», *American Indian Law Review*, 22, 1998, pp. 505 y ss.; MILLER, M. C., «An Australian Nunavut? A Comparison of Inuit and Aboriginal Rights Movements in Canada and Australia», *Emory International Law Review*, 12, 1998, pp. 1.175 y ss.

²⁵ NAGEL, J., «American Indian Ethnic Renewal: Politics and the Resurgence of Identity», *American Social Review*, 70, 1995, pp. 947 y ss.; CORNELL, S., *The Return of the Native: American Indian Political Resurgence*, 1988. Téngase en cuenta que la población india del territorio que actualmente es los EEUU se estimaba en 1492 entre 5 y 7 millones de personas.

*Indian Affairs*²⁶, un miembro de una tribu india se define legalmente como:

«an individual who meets the membership requirements of the tribe as set forth in its governing document or absent such a document, has been recognized as a member collectively by those persons comprising the tribal governing body, and has consistently maintained tribal relations with the tribe or is listed on the tribal rolls of that tribe as a member, if such rolls are kept».

Por su parte, los criterios obligatorios para el reconocimiento federal de una tribu incluyen, entre otros, los siguientes:

(a) The petitioner has been identify as an American Indian entity on a substantially continuous basis since 1900 (...);

(b) A predominant portion of the petitioning group comprises a distinct community and has existed as a community from historical times until the present (...);

(c) The petitioner has maintained political influence or authority over its members as an autonomous entity from historical times until the present (...);

(d) A copy of the group's present governing document including its membership criteria (...);

(e) The petitioner's membership consists of individuals who descend from a historical Indian tribe or from historical Indian tribes which combined and functioned as a single autonomous political entity (...).

Pese a ello, sus condiciones sociales de vida no han mejorado: el 31% del total de la población indígena de los EEUU, y el 51% de los indios que viven en reservas, gozan de un nivel de vida por debajo del estándar gubernamental de pobreza, condición en la que sólo incurre el 13% de la población total de los EEUU. Situación que se agrava por su concentración en numerosas tribus formadas por muy pocos individuos. Así, en 1997, de las 554 tribus reconocidas a nivel federal, el 55% de las mismas (es decir, 306 tribus) se definían como «reducidas y necesitadas», lo que significa que estaban compuestas cada una de ellas por menos de 1500 miembros y sin posibilidades de subsistir sin el apoyo de subvenciones oficiales²⁷.

En cuanto a su estatuto jurídico, debe comenzar por señalarse que los tribunales federales de los EEUU han mantenido actitudes altamente contradictorias sobre estas comunidades indígenas, que se han plasmado en nociones y prácticas jurídicas tan diversas como la afirmación de

²⁶ 25 C. F. R. Ch. I § 83 (1998).

²⁷ DEER, A., «Tribal Sovereignty in the Twenty-First Century», *St. Thomas Law Review*, 10, 1997, pp. 17 y ss.; BROWN, D., *Bury my Heart at Wounded Knee*, 1970; JAMES, M. A., (ed.), *The State of Native America: Genocide, Colonialization and Resistance*, 1992.

una «soberanía tribal»²⁸, la práctica de celebrar tratados con las naciones indias²⁹ o la calificación jurisprudencial de las naciones indias como «naciones internas dependientes»³⁰. Sin embargo, estos mismos tribunales afirmaron «el poder pleno del Congreso para regular los asuntos indios»³¹.

Durante el siglo XX, se «terminó» con la existencia de «tribus federalmente reconocidas» como consecuencia de una resolución del Congreso de 1953³². Esta política de «terminación» concluyó durante los años setenta, bajo las presidencias de *Nixon* y *Ford*³³. Desde entonces, las leyes y políticas federales han mejorado la situación de los nativos americanos. A los indios americanos se les permitió establecer sus

²⁸ Esta noción tiene sus orígenes en la jurisprudencia del Tribunal Supremo federal de los EEUU. Así, su Presidente, el Juez *Marshall*, sostuvo que «[Indian tribes did not] surrender [their] independence - [their] right to self-government» (*Worcester v. Georgia*, 31 U.S. [6 Pet.], 1832, pp. 560-561). Más recientemente, se ha mantenido que «The tradition of Indian sovereignty... is reflected and encouraged in a number of congressional enactments demonstrating a firm federal policy of promoting tribal self-sufficiency and economic development» (*White Mountain Apache Tribe v. Bracker*, 448 U.S., p. 143, 1980).

²⁹ En el asunto (*Worcester v. Georgia*, 31 U.S. [6 Pet.], 1832, pp. 559-560, el Juez *Marshall* sostuvo que: «The Constitution, by declaring treaties already made, as well as those to be made, to be the supreme law of the land, adopted and sanctioned the previous treaties with the Indian nations, and consequently admits their rank among those powers who are capable of making treaties. The words «treaty» and «nation» are words of our own language, selected in our diplomatic and legislative proceedings, by ourselves, having each a definitive and well understood meaning. We have applied them to Indians, as we have applied them to other nations of the Earth. They are applied to all in the same sense». Sobre este particular, véase *WIESSNER, S.*, «American Indian Treaties and Modern International Law», *St. Thomas Law Review*, 7, 1995, pp. 569-580; *DELORIA, Jr.*, «Reserving to themselves: Treaties and the Powers of Indian Tribes», *Arizona Law Review*, 38, 1996, pp. 963 y ss.

³⁰ *Cherokee Nation v. Georgia*, 30 U.S. (5 Pet.), 1831, pp. 12-13.

³¹ En el asunto *Lone Wolf v. Hitchcock*, 187 U.S., 1903, p. 565, el Tribunal declaró que: «plenary authority over the tribal relations of the Indians has been exercised by Congress from the beginning, and the power has always been deemed a political one, not subject to be controlled by the judicial department of the government».

³² Cfr. H. Con. Res. 108, 83d Cong. (1953). Véase *FIXICO, D. L.*, *Termination and Relocation: Federal Indian Policy 1945-1960*, 1986.

³³ El Presidente *Nixon* repudió la política de «terminación» en su Mensaje al Congreso transmitiendo recomendaciones sobre la política india [H. R. doc. No. 91-363, p. 2 (1970)]. La respuesta del Congreso se concretó en la *Indian Self Determination and Educational Act of 1975*, 25 U. S. C. § 450 (1975). Sobre este particular, véase *WALSH, M. C.*, «Terminating the Indian Termination Policy», *Stanford Law Review*, 35, 1983, pp. 1.181 y ss.

propios tribunales de justicia, con una amplia jurisdicción³⁴, reforzando igualmente sus instituciones de autogobierno de conformidad con sus propias constituciones³⁵. Al mismo tiempo, se incentivó su desarrollo económico mediante la política fiscal y con la autorización de las actividades de juego y azar en las reservas³⁶. Su reconocimiento oficial alcanzó su cenit con la administración *Clinton*³⁷. Concretando este reconocimiento, la Fiscal General *Janet Reno* celebró diversas audiencias con las tribus en Albuquerque y, en un intento de reforzar la política de la administración *Clinton* de mantener relaciones «de gobierno a gobierno» con las naciones indias, creó la «*Office of Tribal Justice*», adscrita al Departamento de Justicia, que es el que coordina a nivel federal la política india, con vistas a maximizar, dentro de lo que sea políticamente posible, la autodeterminación india. Esta política del ejecutivo federal de mantener relaciones «de gobierno a gobierno» con las tribus indias ha tenido importantes repercusiones en una sensibilización creciente del Congreso de los EEUU hacia los asuntos relacionados con la preservación y autodeterminación de las naciones indias³⁸.

³⁴ Véase la *Indian Tribal Justice Act of 1993*, 25 U. S. C. § 3601 (1993).

³⁵ Además de la *Indian Self-Determination Act of 1975*, ya citada, téngase en cuenta la *Tribal Self-Governance Determination Project Act of 1991*, 25 U. S. C. § 450 (1991).

³⁶ Véanse la *Indian Tribal Government Tax Status Act of 1982*, 26 U. S. C. § 7871 (1982) y la *Indian Gaming Regulatory Act of 1988*, 1 U. S. C. § 1.166 (1988).

³⁷ Ante la Asamblea de jefes indios reunidos en la Casa Blanca, el Presidente *Clinton* declaró que: «This then is our first principle: respecting your values, your religions, your identity, and your sovereignty. This bring us to the second principle that should guide our relationship: We must dramatically improve the Federal Government's relationship with the tribes and become full partners with the tribal nations. I don't want there to be any mistake about our commitment to a stronger partnership between our people. Therefore, in a moment, I will also sign an historic Government directive that requires every executive department and agency of Government to take two simple steps: first, to remove all barriers that prevent them from working directly with tribal governments, and, second, to make certain that if they take action affecting tribal trust resources, they consult with tribal governments prior to that decision». Statement of President William J. Clinton, Remarks to American Indian and Alaska Native Tribal Leaders, Apr. 29, 1994, *Weekly Compilation of Presidential Documents*, 30, No. 18, pp. 941-942 (May 9, 1994).

³⁸ Véanse, a título de ejemplo, las siguientes leyes: *Indian Child Welfare Act of 1978* [25 U. S. C. § 1901 (1978)]; *Native American Languages Act of 1990* [25 U. S. C. § 2901 (1990)]; y *Native American Graves Protection and Repatriation Act of 1990* [25 U. S. C. § 3001 (1990)].

2.1.3. México

Frente a la situación de las comunidades indígenas en Canadá y EEUU, en México su importancia demográfica resulta muy peculiar, pues el 85% de su población es «mestiza», es decir, procede de la mezcla de españoles e indios americanos, mientras que más de 10 millones de mexicanos se consideran simplemente como «indios», principalmente debido al idioma que hablan³⁹. Estos pueblos indígenas se dividen en 53 etnias indias diferentes. Durante muchos años han sufrido una degradación constante y una privación grave de sus valores, que en parte explica el levantamiento armado del «Ejército Zapatista de Liberación Nacional» (EZLN), producido a partir del 1-I-1994. El EZLN se nutría de hombres y mujeres de las comunidades Tojolobal, Tzeltal, Tzotzil y Chol, todas ellas de ascendencia maya, en uno de los Estados mexicanos más pobre: Chiapas. El levantamiento militar también tuvo sus dimensiones políticas y espirituales. Las razones de su revuelta se proclamaron en un documento titulado «Declaración de la Selva Lacandona» e incluían peticiones de autonomía, de democratización de la vida política del país, Estado de Derecho y algunos aspectos de justicia social (demandas de tierra, vivienda, asistencia médica, trabajo y educación). Aunque las negociaciones con las autoridades oficiales empezaron pronto y con grandes esperanzas, la no consecución de avances sustantivos llevó a un recrudecimiento de la revuelta. Calificada como la «primera revolución postmoderna»⁴⁰, a diferencia de otros movimientos revolucionarios o guerrilleros no aspiran a conquistar el poder, careciendo del deseo y de la capacidad de imponer su programa al resto del país. Su pretensión es la de crear un «espacio democrático», en el que las diferencias entre las distintas concepciones políticas pudieran resolverse. La revuelta zapatista surgió del pasado pseudo-olvidado de México para autodefenderse contra las políticas de modernización del Gobierno que no tenían en cuenta las «necesidades indias», hasta el punto de amenazar su supervivencia⁴¹.

³⁹ Según estadísticas de 1995, los «indios» abarcarían a 2.6 millones de Mayas (3.17% de la población), 751 mil Zapotecs (0.89% de la población) y a otros 7.2 millones de personas (8.64% de la población) pertenecientes a otros pueblos indígenas más minoritarios. Véase <http://www.bsos.umd.edu/cidcm/mar/tabela.htm>.

⁴⁰ CARRIGAN, A., «Chiapas: The First Post-Modern Revolution», *Fletcher Forum of World Affairs*, 19, p. 71.

⁴¹ GONZÁLEZ DE PAZOS, M., «Mexico since the Mayan Uprising: Government and Zapatista Strategies», *St. Thomas Law Review*, 10, 1997, pp. 159 y ss.

2.2. *Los pueblos indígenas en América del Centro y del Sur*

2.2.1. Guatemala

El 29-XII-1996 se firmó el Acuerdo de paz entre el Gobierno de Guatemala y los guerrilleros, muchos de los cuales eran indios Mayas⁴². Los acuerdos firmados garantizan, entre otras cosas, los derechos de los indios y la reforma de las tierras⁴³. La cuestión de las tierras es el asunto principal para los 3.9 millones de población indígena de Guatemala. Junto a los pueblos Garífuna y Xinca, la mayoría de los indígenas son Mayas, quienes representan al 37.12% de una población total de 10.5 millones de guatemaltecos. Debe recordarse que las tierras comunales fue un elemento clave de la cultura Maya, que la colonización privó a los pueblos indígenas de sus tierras sagradas, y que los pueblos indígenas se vieron forzados a desplazarse a las tierras elevadas y de más difícil acceso. En la actualidad, la mayoría de la población indígena no es propietaria de las tierras que cultiva.

Al aplicar los acuerdos de paz, éste será uno de los principales problemas que se deba abordar. Otro será el superar el legado del persistente rechazo de Guatemala, desde su independencia, a reconocer jurídicamente ningún interés o derecho especial a los pueblos indígenas⁴⁴. Aún así, el Acuerdo sobre identidad y derechos de los pueblos indígenas promovido por las Naciones Unidas en 1995 afirma la obligación del Estado, conforme a la Constitución de Guatemala, de:

«dar protección especial a las tierras de cooperativas, comunales o colectivas; [la Constitución de la República] reconoce el derecho de las comunidades indígenas y otras a mantener el sistema de administración de las tierras que tengan y que históricamente les pertenecen; y contempla la obligación del Estado de proveer de tierras estatales a las comunidades indígenas que las necesiten para su desarrollo»⁴⁵.

⁴² El acuerdo proclamó el fin de la larga, sangrienta y olvidada guerra civil de este país, que causó como mínimo 100.000 personas muertas, 40.000 desaparecidos, cerca de 250.000 niños huérfanos y más de un millón de desplazados sin hogar.

⁴³ Véase Naciones Unidas doc. A/49/882-5119951256: Acuerdo sobre identidad y derechos de los pueblos indígenas entre el Gobierno de Guatemala y la Unidad Revolucionaria Nacional Guatemalteca (URNG), firmado en México D. F. el 31-III-1995.

⁴⁴ ADAMS, R. N., «A Report on the Political Status of the Guatemalan Maya». En: Donna Lee Van Cott (ed.), *Indigenous Peoples and Democracy in Latin America*, 1994, p. 196.

⁴⁵ Acuerdo sobre identidad y derechos..., Parte IV.F.3. Además «El Gobierno adoptará o promoverá medidas para regularizar la situación jurídica de la

Además, «reconociendo la situación de particular vulnerabilidad de las comunidades indígenas, que han sido históricamente las víctimas de despojo de tierras, el Gobierno se compromete a instituir procedimientos para solucionar las reivindicaciones de tierras comunales formuladas por las comunidades, y para restituir o compensar dichas tierras»⁴⁶. Más aún, la Constitución se deberá reformar, de manera «que defina y caracterice a la Nación guatemalteca como de unidad nacional, multiétnica, pluricultural y multilingüe»⁴⁷. A los Mayas y a otras comunidades indígenas se les da el derecho a la autonomía municipal de conformidad con sus normas consuetudinarias tradicionales, y deberían participar significativamente en las decisiones de la nación⁴⁸.

2.2.2. Nicaragua

La Constitución Política de Nicaragua, adoptada por el Gobierno sandinista el 19-XI-1986, reconoció la propiedad comunal y los derechos culturales de los pueblos indígenas existentes en su costa atlántica. La Leyn.º 28, de 7-IX-1987, que estableció un Estatuto de autonomía para las regiones de la costa atlántica de Nicaragua⁴⁹, les reconoció derechos políticos. Pese a ello, los problemas que afectan a las poblaciones indígenas no desaparecieron. Una concesión de 30 años de duración realizada por el Gobierno de Nicaragua a una compañía de propiedad coreana para talar una vasta zona de jungla tropical en la región de la costa atlántica habitada por comunidades indígenas fue impugnada tanto ante los tribunales nacionales, como ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos⁵⁰. Aunque la CIDH ha tramitado alrededor de 40 casos de reclamaciones de pueblos indígenas de diferentes países en las Américas, el caso de la Comunidad Mayagna Awas Tingni

posesión comunal de tierras por las comunidades que carecen de títulos de propiedad, incluyendo la titulación de las tierras municipales o nacionales con clara tradición comunal. Para ello, en cada municipio se realizará un inventario de la situación de tenencia de la tierra». Parte IV.F.5.

⁴⁶ Parte IV.F.7.

⁴⁷ Parte IV.A.

⁴⁸ Parte IV.B, D y E.

⁴⁹ *La Gaceta de Nicaragua*, 1987, n.º 238, pp. 2833 y ss. Véase Note, «Ethnic Minorities and the Sandinist Government», *Journal of International Affairs*, 36, 1982, pp. 155 y ss.

⁵⁰ En adelante, CIDH. Véase ANAYA, S. J., «The Awas Tingni Petition to the Inter-American Commission on Human Rights: Indigenous Lands, Loggers, and Government Neglect in Nicaragua», *St. Thomas Law Review*, 9, 1996, pp. 157 y ss.

fue el primer caso indígena que la CIDH ha sometido a la Corte Interamericana de Derechos Humanos⁵¹.

El 4-VI-1998, la CIDH decidió plantear ante la Corte Interamericana una demanda contra Nicaragua que constaba de tres pretensiones. Primera, que la Corte decidiera si Nicaragua había violado los artículos 1 (obligación de respetar los derechos), 2 (deber de adoptar disposiciones de Derecho interno), 21 (Derecho a la propiedad privada) y 25 (protección judicial) de la Convención, dado que Nicaragua no había demarcado las tierras comunales de la comunidad Awas Tingni, ni había tomado medidas efectivas que asegurasen los derechos de propiedad de la comunidad en sus tierras ancestrales y recursos naturales, así como por haber otorgado una concesión en las tierras indígenas sin su consentimiento y no haber garantizado un recurso efectivo para responder a las reclamaciones de la comunidad sobre sus derechos de propiedad. Segunda, que la Corte declarara que Nicaragua debía establecer un procedimiento jurídico que permita la pronta demarcación y el reconocimiento oficial de los derechos de propiedad de la comunidad Mayagna, así como abstenerse de otorgar o considerar el otorgamiento de cualquier concesión para el aprovechamiento de recursos naturales en las tierras usadas y ocupadas por los Awas Tingni hasta que se resuelva la cuestión de la tenencia de la tierra que afecta a la comunidad. En tercer lugar, la CIDH solicitó que, además de condenar a Nicaragua a pagar las costas procesales, le condenase también a pagar una indemnización compensatoria equitativa por los daños materiales y morales que la comunidad estaba sufriendo.

La Corte Interamericana asumió estas tres peticiones, condenando por equidad a Nicaragua a invertir, «por concepto de reparación del daño inmaterial, la suma de 50 mil dólares USA en obras o servicios de interés colectivo en beneficio de la comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni, de común acuerdo con ésta». Además, la Corte declaró que:

«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 de 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

⁵¹ ORGANIZACIÓN DE ESTADOS AMERICANOS (en adelante, OEA), CIDH, Comunicado de prensa n.º 23/01, de 28-IX-2001. Disponible en <http://www.cidh.oas.org/comu.esp.htm>.

y espiritual del que deben gozar plenamente, inclusive para preservar su legado cultural y transmitirlo a las generaciones futuras»⁵².

2.2.3. Belice

De una manera similar, el Consejo Cultural Maya de Toledo en Belice presentó, el 7-VIII-1998, una petición ante la CIDH impugnando las concesiones madereras y petroleras que el Gobierno de Belice había otorgado a empresas extranjeras en una superficie de más de medio millón de acres en tierras ancestrales de los Mayas del Distrito de Toledo (pueblos maya mopan y ke'ekchi). El peticionario alegó que la acción del Estado de Belice constituye una violación de los derechos de estas comunidades mayas, garantizados en la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, en concreto el derecho a la vida (art. 1), el derecho a la igualdad ante la ley (art. 2), el derecho a la libertad religiosa y de culto (art. 3), el derecho a la familia y a su protección (art. 6), el derecho a la preservación de la salud y el bienestar (art. 11), el derecho a la protección judicial (art. 18), el derecho al voto y a participar en el gobierno (art. 20), y el derecho a la propiedad (art. 23).

Los peticionarios solicitaron que la CIDH dictaminara que esta petición es admisible y que Belice había violado los derechos humanos del pueblo y las comunidades mayas garantizados en la Declaración Americana. También solicitaron que la CIDH recomendara a Belice que: 1) suspenda toda concesión actual y futura en el Distrito de Toledo hasta que se negocie una solución adecuada entre Belice y las comunidades indígenas afectadas; 2) emprenda un diálogo con las comunidades mayas; 3) establezca un mecanismo jurídico en la legislación nacional que reconozca la tenencia de la tierra y el uso consuetudinario de los recursos de los mayas; 4) implemente un plan con las comunidades afectadas para reducir el daño ambiental causado por las actividades madereras y petroleras; 5) compense los daños morales y pecuniarios sufridos por las comunidades mayas a raíz de estas concesiones, etc. Tras comprobar el fracaso de un proceso de negociación para una solución amistosa de este caso, la CIDH declaró admisibles estas peticiones⁵³.

⁵² CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua. Sentencia de 31-VIII-2001. Disponible en <http://www.corteidh.or.cr>.

⁵³ OEA, CIDH, Informe n.º 78/00: caso 12.053 Comunidades indígenas maya y sus miembros vs. Belice, 5-X-2000.

2.2.4. Honduras

Al igual que en otros Estados centroamericanos, en Honduras la Organización Negra Fraternal Hondureña (OFRANEH), en representación de la comunidad indígena Garífuna de Sambo Creek, acudió como peticionaria ante la CIDH, demandando a Honduras por no reconocer los derechos indígenas sobre sus tierras ancestrales. Sin embargo, en este caso se logró una solución amistosa, consistente en que el Gobierno de Honduras adquirió la propiedad reivindicada por la comunidad Garífuna de Sambo Creek a través del Instituto Nacional Agrario (INA) y posteriormente se la transfirió a esta comunidad, junto con el título definitivo de propiedad en dominio pleno correspondiente a una buena parte de su territorio ancestral⁵⁴.

2.2.5. Colombia

Un Estado que vive una situación peculiar en Colombia, que tiene una población indígena importante, cercana a las 800 mil personas, divididas en 81 comunidades diferentes y que están presentes en 27 de las 32 subdivisiones políticas del Estado. La Constitución Política de Colombia de 1991⁵⁵ dio un giro de 180 grados a la política oficial sobre los pueblos indígenas, al reconocer y proteger la diversidad cultural y étnica de la Nación colombiana, con lo que se alejó de los modelos integracionistas o asimilacionistas. Esta Constitución proporciona a los pueblos indígenas un alto grado de autonomía administrativa y política y garantiza el respeto de sus instituciones de autogobierno, incluida la existencia de tribunales indígenas que aplican estándares consuetudinarios. Reconoce también sus derechos de propiedad colectiva, en concreto sus «resguardos» colectivos e inalienables. Ha oficializado los idiomas y dialectos nativos en los territorios indígenas, en los que la educación es bilingüe. A nivel nacional, los pueblos indígenas están representados como mínimo por dos senadores de un distrito nacional especial y por un número de representantes fijados por la Ley. Las comunidades indígenas tienen que ser consultadas en los asuntos relativos a la explotación de los recursos naturales dentro de sus territorios y en la elaboración de planes nacionales. Reciben fondos del presupuesto nacional y de los impuestos recaudados de la explotación de los recursos naturales y de los hidrocar-

⁵⁴ OEA, CIDH, Comunicado de prensa n.º 20/03 (14-VIII-2003): Satisfacción de la CIDH por entrega de título de propiedad a Comunidad Garífuna en Honduras. Disponible en http://www.cidh.oas.org/comu_esp.htm.

⁵⁵ *Gaceta Constitucional*, n.º 127, de 10-X-1991.

buros. Derechos que, en la práctica, están siendo muy activamente reconocidos por el Tribunal Constitucional⁵⁶. Esta ventajosa situación jurídica contrasta con la realidad del narcotráfico y de los grupos armados ilegales, que actúan casi impunemente contra los pueblos indígenas. Así, el 30-X-2003, la CIDH se vio forzada a emitir una declaración en la que:

«La CIDH ha manifestado [al Estado Colombiano] su preocupación por los asesinatos, desapariciones, masacres y desplazamientos forzados de los que han sido objeto los miembros de los pueblos indígenas en Colombia. En particular, aproximadamente 50 miembros del pueblo Kankuamo han sido asesinados por grupos armados ilegales durante el presente año, y más de 180 desde el año 1993. La práctica constante de ataques dirigidos en contra de sus líderes rompe la cohesión de los pueblos indígenas en torno a la defensa de sus derechos, en especial el derecho a la vida, a la autonomía y al territorio»⁵⁷.

2.2.6. Bolivia

Porcentualmente, Bolivia es el Estado americano que tiene una mayor población indígena. Casi cinco millones de población indígena habitan en el altiplano, hablando la mayoría de ellos quechua y Aymara. Representan a más del 57% de la población nacional, pese a estar muy discriminados. Un decreto decimonónico firmado por el Presidente *de facto* Mariano Melgarejo forzó a los indios a vender sus tierras comunales tradicionales a los ricos recién llegados (*hacendados*)⁵⁸. En 1950, los hacendados ya eran propietarios del 92% de todas las tierras bolivianas. Se forzó a los indios a trabajar estas tierras, al tiempo que se les negó el derecho al voto y a toda participación en el gobierno. El Movimiento Nacional Revolucionario (MNR), que alcanzó el poder en 1953, les concedió la ciudadanía y el derecho a votar, aunque les negó otros muchos derechos políticos, implantando una política de integración por asimila-

⁵⁶ Véase la jurisprudencia constitucional examinada en ROLDÁN ORTEGA, R., et al, *Fuero Indígena Colombiano*, 3.ª ed., 1994.

⁵⁷ OEA, CIDH, Comunicado de prensa n.º 31/03 (30-X-2003): CIDH repudia asesinato de miembros del pueblo indígena Kankuamo en Colombia. Disponible en <http://www.cidh.oas.org/comu.esp.htm>.

⁵⁸ «En Bolivia en el siglo XIX se produjo una contra marcha histórica, allí el Presidente *de facto* Mariano Melgarejo, por Decreto obliga a las comunidades del altiplano a vender su tierra a los nuevos ricos, quienes compran todo, incluidos sus habitantes, que se convierten en *pongos*, o sea esclavos». Intervención del Sr. Raimundo Mamani Baltasar, en representación del Consejo Indio de América del Sur, ante la Comisión de Derechos Humanos de Naciones Unidas el 31-VII-1998, disponible en <http://www.puebloindio.org/ONU.info/GTPI98.mamani.htm>.

ción. En los años 60 del siglo XX comenzó el movimiento indigenista, que se inspiró en el antiguo dirigente Aymara, *Tupac Katari*, quien en 1781 encabezó una revuelta contra los colonizadores españoles. El movimiento katarista tuvo un gran respaldo en los años 70, y entre 1989 y 1991 se eligió como alcalde de La Paz y El Alto al indio Aymara *Carlos Palenque*. Su recién creado partido político, Conciencia de Patria, se convirtió en el foro de encuentro de indígenas y campesinos. En 1991, el Gobierno de Bolivia ratificó el Convenio núm. 169 de la Organización Internacional del Trabajo (en adelante, OIT) y aprobó una Ley nacional que protegía los derechos de las comunidades indígenas. El 13-V-1992, el Presidente *Paz Zamora* regaló un millón de hectáreas de tierras a los indios del altiplano. En 1993, el consagrado dirigente *katarista Víctor Hugo Cárdenas* fue el primer Vicepresidente indio de Bolivia, merced a una alianza con el Presidente del MNR *Sánchez de Losada*⁵⁹. La reforma constitucional de 1994 calificó a Bolivia como «sociedad pluricultural y multiétnica» y permitió que las comunidades indígenas asumiesen la propiedad de sus tierras tradicionales. Pese a estos indudables progresos de tipo político, el hecho de que Bolivia siga siendo el segundo país más pobre del hemisferio occidental agudiza la discriminación social y la pobreza económica de sus comunidades indígenas.

2.2.7. Ecuador

La unidad de Ecuador como nación impuesta por la élite criolla gobernante se basó en el mestizaje y en un idioma y una religión común⁶⁰. Las acciones gubernamentales en relación con las comunidades indígenas del Ecuador se han caracterizado por una política paternalista y asimilacionista, que ha enmascarado su situación real, ya sea mediante informes que reducían ostensiblemente los datos estadísticos sobre su población⁶¹, ya sea mediante su calificación como minorías⁶². Según el informe de la CIDH sobre la situación de los derechos

⁵⁹ ALBO, X., «And from Kataristas to MNRistas? The Surprising and Bold Alliance between Aymaras and Neoliberals in Bolivia». En: Donna Lee Van Cott (ed.), *Indigenous Peoples and Democracy in Latin America*, 1994, pp. 55 y ss.

⁶⁰ LÓPEZ BERMUDEZ, F., «Indigenous Peoples and International Law: The Case of Ecuador», *St. Thomas Law Review*, 10, 1997, pp. 186-187.

⁶¹ Según los datos estadísticos proporcionados por Ecuador a las Naciones Unidas, la población indígena oscila entre el 50% de la población en 1976 y el 18.5% en 1985. La CIDH, por su parte, considera que el porcentaje es del 35 ó el 40%.

⁶² BRADY, J. E., «The Huaorani Tribe of Ecuador: A Study in Self-Determination for Indigenous Peoples», *Harvard Human Rights Journal*, 10, 1997, p. 307.

humanos en el Ecuador en 1997, la realidad de las diez nacionalidades indígenas del Ecuador es la exclusión. Pese a su situación de extrema pobreza, desde 1986 se encuentran organizadas a nivel nacional en la Confederación de Nacionalidades Indias del Ecuador, desde donde plantean demandas de plurinacionalidad, territorios y autodeterminación.

2.2.8. Venezuela

Una situación preocupante se registra en Venezuela. El artículo 77 de la Constitución de 1961 establece el principio de una especial protección para los pueblos indígenas, al disponer que:

«La Ley establecerá el régimen de excepción que requiera la protección de las comunidades indígenas y su incorporación progresiva a la vida de la nación»⁶³.

Basándose en esta disposición tan general, no hace mucho que el Tribunal Supremo de Venezuela invalidó, por considerarla inconstitucional, la estructura política de la División del Estado Amazonas y ordenó una reorganización que tuviese en cuenta los intereses legítimos de las comunidades indígenas en este Estado⁶⁴. En aplicación de esta Sentencia, la Corte Suprema emitió una Providencia de aplicación, de 10-XII-1997, ordenando a la Asamblea Legislativa del Estado Amazonas que se abstuviera de cualquier acción que pretendiese dar curso legal a su Proyecto de Ley sobre la estructura político-territorial de este Estado, que había sido redactado sin la participación de las comunidades indígenas. Sin embargo, la Asamblea Legislativa hizo oídos sordos de esta petición y aprobó la citada Ley el 17-XII-1997. Actualmente esta decisión está impugnada ante la propia Corte Suprema⁶⁵.

⁶³ KUPPE, R., «The Indigenous Peoples of Venezuela and the National Law», *Law and Anthropology*, 2, 1987, pp. 113 y ss.

⁶⁴ La decisión de la Corte Suprema de 5-XII-1996 en el caso n.º 748 declaró inconstitucional, por violación del artículo 77 de la Constitución de Venezuela, la Ley relativa a la estructura político-territorial de la División del Estado Amazonas, publicada en *La Gaceta Oficial del Estado Amazonas*, n.º 3 extraordinario, de 24-IX-1994. Según la Corte Suprema, el artículo 77 «consagra un deber constitucional de protección a la especificidad indígena, a las variables históricas ambientales, de ordenamiento territorial, de seguridad y defensa y de la integración del espacio amazónico, al derecho político y representativo de los pueblos y comunidades indígenas». Véase PLONCZACK, M., «El potencial de la autogestión para el desarrollo de las comunidades indígenas organizadas en el Estado Amazonas, Venezuela». En: Antonio Carrillo; Miguel A. Perera (eds.), *Amazonas: Modernidad en tradición*, 1995, pp. 127 y ss.

⁶⁵ Véase OFICINA DE DERECHOS HUMANOS VICARIATO DE PUERTO AYACUCHO; ORPIA, *Acción urgente. Desacato de la Asamblea Legislativa del*

Tampoco parece haber una especial situación de respeto y garantía de los derechos humanos de las comunidades indígenas del Amazonas. El descubrimiento de oro en los territorios de los indios Yanomami dentro del Estado de Venezuela provocó que emigrantes ilegales brasileños, dedicados también de forma ilegal a la minería (*garimpeiros*), provocasen a principios de junio y finales de julio de 1993 una auténtica masacre en la comunidad indígena Yanomami de Haximú, con el fin de expulsarlos de sus tierras para extraer oro. Esta masacre, que *prima facie* se puede configurar como un crimen de genocidio, estuvo favorecida por la desprotección con la que el Estado de Venezuela trata a las comunidades indígenas. Aunque Venezuela y Brasil reaccionaron ante esta masacre con la firma de un Acuerdo bilateral de 1-X-1999, ratificado por otro Acuerdo bilateral firmado en Caracas el 10-XII-1999⁶⁶, el incumplimiento masivo por Venezuela de los términos de estos acuerdos ha provocado una situación de desprotección de los indios Yanomami que se ha llevado ante la CIDH⁶⁷.

2.2.9. Perú

La población indígena del Perú está dividida de una forma desigual. En las tierras bajas, apenas existe medio millón de indios. En las tierras altas de los Andes habitan 9 millones de indígenas que hablan predominantemente Quechua o Aymara. Aunque representan al 40% de la población peruana, están sin duda en sus niveles de máxima pobreza. Durante la etapa colonial, los españoles reconocieron las unidades

Estado Amazonas (Venezuela) a la decisión de la Corte Suprema de Justicia sobre la División Político-Territorial, junio de 1998.

⁶⁶ Estos acuerdos incluyen las siguientes obligaciones: la obligación de Venezuela de promover la suscripción de un acuerdo bilateral con Brasil para establecer un plan de vigilancia y control conjunto permanente de la actividad minera en el área Yanomami; la obligación de Venezuela de aprobar, financiar y aplicar, a través del Ministerio de Sanidad y en coordinación con el Consejo Regional de Salud, un programa de salud dirigido al pueblo Yanomami, con un presupuesto anual específico para su ejecución; el compromiso de Venezuela de realizar un seguimiento de la investigación judicial que se lleva a cabo en Brasil sobre la masacre de Haximú; la obligación de Venezuela de promover la ratificación y aplicación del Convenio núm. 169 de la OIT sobre protección de los pueblos indígenas; la obligación de Venezuela de designar un experto en materia indígena para ejecutar los contenidos de estos acuerdos, siguiendo un cronograma de actividades fijados por ambas partes.

⁶⁷ Véase el escrito de 20-IV-2004, dirigido al Secretario Ejecutivo de la CIDH por la Oficina de Derechos Humanos del Vicariato Apostólico de Puerto Ayacucho, el Programa Venezolano de Educación Acción en Derechos Humanos y el Centro Internacional por la Justicia y el Derecho Internacional, en el caso n.º 11.706, Venezuela. Masacre de Haximú (Comunidad Indígena Yanomami).

sociales precolombinas de los Indios de los Andes, denominadas *ayllus*⁶⁸. Los límites de estas comunidades, también llamadas «pueblos de reducción», fueron protegidos por los administradores coloniales. Sin embargo, en 1854 el Gobierno peruano cambió de política a este respecto y vendió a particulares la mayor parte de las tierras indígenas. Posteriormente, las Constituciones peruanas de 1920, 1933 y 1979 protegieron de nuevo las tierras comunales. La Constitución de 1979, aunque establece que el español es el idioma oficial del Perú, reconoce el derecho de todos los peruanos de relacionarse con las autoridades en su propio idioma, si fuera necesario a través de intérpretes. También reconoce la pluralidad cultural y étnica de la nación, así como el derecho de los pueblos a adherirse a su propia identidad cultural, incluida una educación bilingüe⁶⁹.

2.2.10. Paraguay

El 25-III-1998, Paraguay firmó un Convenio con la organización indígena Tierra Viva, para formalizar un acuerdo de solución amistosa conforme al cual 21.884'44 hectáreas de tierras en la región de Chaco se devuelven a las comunidades indígenas de Laménxay y Riachito (Kayleyphapopyet). En concreto, el acuerdo de solución amistosa consiste en la adquisición por parte del Estado Paraguayo de las tierras reivindicadas por los peticionarios, la posterior titulación de estas tierras por parte de los órganos competentes a nombre de las comunidades en cuestión y su entrega final a éstas. Este acuerdo, logrado por la iniciativa de la CIDH, puso fin al caso n.º 11.713 y constituye el primer ejemplo de restauración de tierras indígenas logrado a través del sistema interamericano de derechos humanos⁷⁰.

⁶⁸ El Consejo Indio de América del Sur explicó este concepto a la Comisión de Derechos Humanos de Naciones Unidas de la siguiente forma: «Voy a expresar los conceptos básicos de lo que es una sociedad originaria de los Andes: el *ayllu* (...). El *ayllu* es derecho a tierra, o sea, a tener un lugar en el mundo, como lo tienen las plantas y los animales. El sistema de parcelación de la tierra para obtener el mínimo necesario para la vida o sea el *tupu*, nos lleva a consideraciones extremadamente importantes, debido a que se efectuaba dentro del marco de estricta justicia, porque todo comunario tenía una porción de tierra buena, otra regular, mala y yerma, eso es justo: el *ayllu* nace de la búsqueda de justicia». Intervención del Sr. Raimundo Mamani Baltasar, *op. cit.*

⁶⁹ REMY, M. I., «The Indigenous Population and the Construction of Democracy in Peru». En: Donna Lee Hewitt (ed.), *Indigenous Peoples and Democracy in Latin America*, 1994, pp. 107-120.

⁷⁰ OEA, CIDH, Comunicado de prensa n.º 4/98 (25-III-1998). Disponible en «<http://www.cidh.oas.org/comu.esp.htm>».

2.2.11. Brasil

En el caso de Brasil, los indios no disfrutaban de ningún «derecho inherente» de autogobierno⁷¹. Se les considera «relativamente incapacitados», es decir, como si fueran jurídicamente menores de edad, bajo la vigilancia del Estado brasileño y sometidos a un régimen especial de tutela⁷². La tutela de los indios se ejerce por la *Fundação Nacional do Índio* (FUNAI), que es el órgano gubernamental brasileño encargado de los asuntos indios. Su misión, aparentemente, es la de proteger los intereses de los indios. Sin embargo, esta protección se realiza de una manera harto exclusivista, respondiendo a una política nacional de integración por asimilación⁷³. Los indios no pueden legalmente ser propietarios de tierras, ni iniciar acciones jurídicas por ellos mismos en defensa de sus precarios derechos de posesión y usufructo de tierras. La anterior Constitución brasileña afirmaba que la Unión tendrá la competencia de legislar sobre la incorporación de los «indígenas de las junglas»⁷⁴ a la comunidad nacional⁷⁵. La Constitución Federal de 5-X-1988 confiere al Ministerio Público y a su jefe, el Procurador General, la función de defender los derechos e intereses jurídicos de los indios ante los tribunales (art. 232). El *Estatuto do Índio* persigue su asimilación «mediante su integración, de una manera progresiva y armoniosa, en la comunión nacional» (art. 1).

⁷¹ Se calcula que los indios del Brasil eran un millón cien mil personas en el tiempo de la conquista. Hacia 1970, su número se había reducido hasta 120.000. Las estimaciones actuales se refieren a una población total de indios brasileños de 250.000 individuos, divididos en 200 tribus y que hablan 170 idiomas diferentes. BARROSO, R. L., «The Saga of Indigenous Peoples in Brazil: Constitution, Law and Policies», *St. Thomas Law Review*, 7, 1995, pp. 645 y 648; PALLEMAERTS, M., «Development, Conservation, and Indigenous Rights in Brazil», *Human Rights Quarterly*, 8, 1986, p. 374.

⁷² Véase la Ley n.º 6.001 de 19-XII-1973, en la que se contiene el «*Estatuto do Índio*». Según esta Ley, si una comunidad indígena completa «demuestra su integración en la comunidad nacional», entonces el Presidente puede, a petición de sus miembros, declarar su «emancipación». Los individuos indios que cumplan el mismo criterio también pueden solicitar su «emancipación» ante un tribunal.

⁷³ Da CUNHA, C., «Aboriginal Rights in Brazil», *Law and Anthropology*, 2, 1987, p. 55.

⁷⁴ El *Estatuto do Índio* utiliza los términos «indios», «indígenas de las junglas» y «silvicultores» indistintamente.

⁷⁵ Constitución de la República Federal del Brasil, tras las enmiendas de 1969, art. 8, XVII.

Este modelo de integración, que ha sido calificado como paternalista y etnocéntrico⁷⁶, no está exento de contradicciones. En principio, Brasil reconoce el derecho a la ocupación primaria de la tierra. Antes de la Constitución Federal de 1988, las tierras ocupadas por los «indígenas de las junglas» eran parte del «patrimonio de la Unión»⁷⁷, es decir, eran propiedad del Gobierno federal y, en consecuencia, esas tierras eran inalienables y se prescribía que «los Indios tendrán su posesión permanente y derecho al usufructo exclusivo de sus recursos naturales y de todas las cosas útiles cuya existencia en las mismas se reconozca»⁷⁸. Sin embargo, muchas otras leyes socavaron tan ventajoso punto de partida. El Gobierno nacional es propietario de todos los recursos minerales e hidráulicos dondequiera que se encuentren⁷⁹. Brasil también considera a las zonas de jungla como tierras vacantes propiedad del Gobierno. Para lograr el reconocimiento de sus derechos, los «indígenas de las junglas» deben perseguir el reconocimiento de sus títulos de un órgano gubernamental que también tiene como misión el desarrollo económico. También las medidas de reforma agraria, como las concesiones individuales de tierras, amenazan a las tierras comunales explotadas por las comunidades indígenas.

La Constitución brasileña de 1988, influida por una Comunicación de la CIDH⁸⁰, redujo las competencias del FUNAI. Ahora las intervenciones sobre las tierras indias ya no pueden ser autorizadas con carácter único por el poder ejecutivo, sino que requieren su aprobación por el Congreso. Además, también reconoce el derecho de los indios a sus

⁷⁶ SWEPSTON. L., «The Indian in Latin America: Approaches to Administration, Integration and Protection», *Buffalo Law Review*, 27, 1978, pp. 715 y ss.

⁷⁷ Art. 4(4) de la Constitución Federal.

⁷⁸ *Ibid.*, art. 198.

⁷⁹ Art. 176 de la Constitución de 1988.

⁸⁰ La CIDH declaró «que en razón de la omisión del Gobierno de Brasil para adoptar oportunas y eficaces medidas en favor de los Indios Yanomami, se ha producido una situación que ha dado como resultado la violación, en perjuicio de éstos, de los siguientes derechos reconocidos en la Declaración Americana de los Deberes y Derechos del Hombre: Derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad (art. 1); Derecho de residencia y tránsito (art. 8); y Derecho a la preservación de la salud y bienestar (art. 9)». La CIDH recomendó al Gobierno de Brasil, entre otras cosas, que procediera sin demora «a delimitar y demarcar el Parque Yanomami». Resolución n.º 12/85, caso n.º 7.615 (Brasil), 5-III-1985, OEA/ser.L/V/II.66, doc. 10, rev. 1 (1985). Texto disponible en <http://www.cidh.oas.org/annualrep/84.85sp/Brasil7615.htm>.

culturas e idiomas, así como el acceso al sistema judicial y sus títulos originales sobre las tierras⁸¹.

Este último aspecto ha sido polémico en la práctica y le vamos a dedicar una atención especial. Según el artículo 231 de la Constitución brasileña de 1988, los Indios gozan de la propiedad permanente de las tierras tradicionalmente ocupadas por ellos, incluido el disfrute exclusivo de los recursos existentes en el suelo, ríos y lagos. Esta misma disposición constitucional define «las tierras tradicionalmente ocupadas por los Indios» de la siguiente manera:

«São terras tradicionalmente ocupadas pelos índios as por eles habitadas em caráter permanente, as utilizadas para suas atividades produtivas, as imprescindíveis à preservação dos recursos ambientais necessários a seu bem-estar e as necessárias a sua reprodução física e cultural, segundo seus usos, costumes e tradições».

La aplicación práctica de esta disposición constitucional ha resultado muy controvertida, sobre todo para los Yanomami. Los Yanomami son la más abundante nación indígena en el Amazonas: 9.000 de ellos viven en el Estado brasileño de Roraima, mientras que otros 12.000 viven al otro lado de la frontera en Venezuela. Habitan un territorio similar en tamaño al Estado de Washington, con gran aislamiento hasta finales de los años ochenta del siglo XX. Por esas fechas, en su territorio se descubrió oro, diamantes y estaño. Una marea de 80.000 mineros (*garimpeiros*) invadió su territorio, asesinado, incendiando casas y bosques, difundiendo epidemias contagiosas y causando todo tipo de destrucción. Precisamente el tipo de destrucción que se perseguía evitar con el reconocimiento de los títulos indígenas sobre las tierras que introdujo la Constitución brasileña de 1988.

Según la política federal del Brasil, el 10% de su territorio se reserva para ser demarcado como tierras indias antes de un plazo que debía terminar en octubre de 1993. Sin embargo, después de esta fecha todavía el 50% de las tierras indias del Brasil seguían sin haber sido demarcadas. Debe recordarse que el Presidente *Collor de Mello* firmó el Decreto n.º 25, de 25-V-1992, en el que se ordenaba la demarcación de 9.66 millones de hectáreas del territorio Yanomami. El FUNAI y la Policía Federal comenzaron a expulsar a los invasores, reduciendo su número a aproximadamente 300 de ellos en julio de 1992. Sin embargo, el cambio gubernamental de diciembre de 1992 significó el fin de la vigilancia gubernamental. En la primavera de 1993, cerca de 11.000 mineros

⁸¹ SANTILLI, M., «Notes on the Constitutional Rights of the Brazilian Indians», *Cultural Survival Quarterly*, 13, 1989, pp. 13 y ss.

regresaron a estas tierras. El Gobierno de *Fernando Henrique Cardoso* cedió a algunas de las presiones de estos poderosos grupos económicos que se oponían a la nueva política federal india. Su Decreto n.º 1.775, de 8-I-1996, fue responsable de frenar, quizás invertir, el proceso de demarcación de las tierras indias⁸².

El actual Gobierno presidido por *Lula* parece haber retomado el proceso de demarcación de los territorios indígenas del Brasil. Así, el 15-IV-2005 el Presidente de la República firmó el decreto de homologación que reconoció la posesión permanente para los pueblos indígenas Ingarikó, Makuxi, Taurepang y Wapixanana sobre una superficie aproximada de 1.7 millones de hectáreas, situada en el Estado brasileño de Roraima⁸³.

2.2.12. Chile

En Chile se calcula que viven cerca de 600 mil indígenas, que representan el 4'2% de su población total. De ellos, el pueblo más numeroso son los Mapuches, compuesto por 570 mil personas. En violación del Tratado de paz firmado entre España y los Mapuches en 1641⁸⁴, el Gobierno de Chile cedió o vendió las tierras de los Mapuches a los colonizadores europeos. Recientemente, el Gobierno chileno celebró varios centenares de reuniones con las comunidades indígenas y sobre la base de los trabajos de la Comisión Especial de los Pueblos Indígenas

⁸² El Decreto n.º 22 de 1991 había asegurado la primacía de los derechos indígenas a sus tierras ancestrales basándose exclusivamente en la ocupación de las tierras por los indígenas. A las partes que disfrutasen de títulos «secundarios» se les compensaría por sus pérdidas. En respuesta a un asunto dirimido ante el Tribunal Supremo brasileño, en el que una empresa agropecuaria asentada en el territorio de los Indios Guaraní argumentó, con el respaldo del Ministro de Justicia, *Nelson Jobim*, que el Decreto n.º 22 era inconstitucional porque no establecía un proceso contradictorio, el Presidente *Fernando Henrique Cardoso* aprobó el Decreto n.º 1.775 de 8-I-1996. Al reconocer a los intereses comerciales privados el «derecho a contestar» las demarcaciones de tierras indias, el Decreto n.º 1.774 anuló de hecho el Decreto n.º 22.

⁸³ La CIDH, en su Comunicado de prensa n.º 18/05, de 3-V-2005, otorgó «un valor especial a este tipo de acciones de reconocimiento del derecho de los pueblos indígenas a sus territorios». Disponible en <http://www.cidh.oas.org/comu.esp.htm>.

⁸⁴ Los Mapuches resistieron los intentos bélicos de conquista tanto de los Inca como de los españoles. Ello determinó que España firmara con ellos el Tratado de paz de Quillin, en el que reconoció a los Mapuches como una nación independiente y estableció la frontera permanente entre ambos países en el río Bio-Bio, frontera respetada informalmente por el gobierno chileno hasta finales del siglo XIX. BENGGOA, J., *Historia del pueblo Mapuche: siglos XIX y XX*, 1985.

(CEPI), el 5-X-1993 aprobó la Ley n.º 119.253 o Ley indígena en la que se establecen normas sobre protección, fomento y desarrollo de los indígenas⁸⁵. Esta Ley reconoce jurídicamente a los pueblos indígenas y proclama sus derechos a la auto-identificación, a su cultura y a las tierras que históricamente ocuparon y poseyeron. También proporciona protección a sus lugares sagrados y establece un fondo especial, denominado Fondo de Tierras y Aguas, para financiar los mecanismos de solución de controversias relacionadas con la tierra y el agua, así como un Fondo de Desarrollo Indígena.

2.3. Los pueblos indígenas en Oceanía

2.3.1. Australia

Australia se considera que es el único caso de colonización británica en el que no se celebraron tratados con los pueblos indígenas⁸⁶. Los colonizadores adquirieron sus títulos sobre las tierras aborígenes utilizando una concepción amplia de la doctrina *terra nullius*, al sostener que la adquisición de Nueva Gales del Sur y de otras zonas de Australia desde el primer asentamiento británico en 1788 se realizó a título de ocupación, es decir, por el mero acto de que nacionales británicos tomasen posesión de estos territorios en nombre de la Corona⁸⁷. Dado que los habitantes indígenas de un asentamiento colonial no tenían reconocida su soberanía, se consideró que carecían de normas jurídicas y se impuso automáticamente el *common law*⁸⁸. El Derecho del ocupante no reconoció los títulos de propiedad de los habitantes aborígenes sobre las tierras⁸⁹. La doctrina judicial que afirmó la propiedad exclusiva, universal y absoluta de la Corona británica sobre todas las tierras de la colonia australiana, con la consecuencia de que todas las tierras pertenecían a

⁸⁵ Disponible en <http://www.congreso.cl/biblioteca/leyes/otras/indig.htm>.

⁸⁶ MORSE, B. W., *Aboriginal Self-Government in Australia and Canada*, Institute of Government Relations, 1984, pp. 7-8. La población aborígen australiana también muestra un crecimiento demográfico importante. Entre 1911 y 1966, esta población osciló entre 80 y 100.000 habitantes. En el censo de 1981, 159.897 personas se declararon aborígenes australianos. En el censo de 1996, su número se incrementó hasta los 386 mil. Cfr. NETTHEIM, G., «Australian Aborigines and the Law», *Law and Anthropology*, 2, 1987, pp. 371 y ss.

⁸⁷ Ésta es la postura que defendió el *Chief Justice Stephen* de la Corte Suprema de Nueva Gales del Sur en el asunto *Attorney-General v. Brown*, (1847), 1 Legge 312, pp. 316-318.

⁸⁸ «At the moment of its settlement, the colonists brought the common law of England with them». *Ibid.*, p. 316.

⁸⁹ Más allá de la Corona, «there is no other proprietor of such lands». *Ibid.*

la Corona hasta que la Corona decidiese donarlas, pervivió en la práctica jurisprudencial australiana hasta 1975⁹⁰.

Esta situación comenzó a cambiar a partir de la *1976 Aboriginal Land Rights (Northern Territory) Act*⁹¹, que respondió a las exigencias de los aborígenes australianos de que se les reconocieran sus reclamaciones tradicionales sobre las tierras en los Territorios del Norte, basadas en vínculos espirituales⁹². Posteriormente, la *1989 Lands Acquisition Act*⁹³, con un enfoque más global, permitió que el Gobierno forzase la venta de tierras para satisfacer las demandas nativas. Estas acciones legislativas y gubernamentales también tuvieron sus repercusiones en la jurisprudencia australiana. Distanciándose de sus concepciones previas, en la sentencia de 1992 en el asunto *Mabo v. Queensland*, la *High Court* australiana concluyó afirmando que:

«the common law of this country recognizes a form of native title which, in the cases where it has not been extinguished, reflects the entitlement of the indigenous inhabitants, in accordance with their laws and customs, to their traditional lands»⁹⁴.

En opinión del juez *Brennan*, en este asunto la denegación de los títulos tribales sobre las tierras de las Islas Murray en el Estrecho de Torres constituía una «discriminatory denigration of indigenous inhabitants, their social organization and habits». Este juez añadió que:

«the fiction by which the rights and interests of indigenous inhabitants in land were treated as nonexistent was justified by a policy which has no place in the contemporary law of this country. (...) Whatever the justification advanced in earlier days for refusing to recognise the rights and interests in land of the indigenous inhabitants of settled colonies, an unjust and discriminatory doctrine of that kind can no longer be accepted»⁹⁵.

⁹⁰ En el asunto *The Seas and Submerged Lands Case, New South Wales v. The Commonwealth*, (1975), C. L. R., 135, pp. 438-439, el juez *Stephen* afirmó que «That originally the waste lands in the colonies were owned by the British Crown is not in doubt».

⁹¹ Su texto está disponible en http://www.austlii.edu.au/au/legis/cth/consol_act/alrta1976444.

⁹² Esta Ley habilitó al Gobierno a «establish Aboriginal land trusts to hold title to land in the Northern Territory for the benefit of Aboriginals entitled by Aboriginal tradition to the use or occupation of the land concerned». *Ibid.*, § 4(1).

⁹³ Disponible en http://www.austlii.edu.au/au/legis/cth/consol_act/laa1989192, § 16 y 41.

⁹⁴ *Mabo v. Queensland*, (1992), A. L. R., 107. Su texto está disponible en la dirección de Internet http://www.austlii.edu.au/au/cases/cth/high_ct/175clr1.html, p. 2.

⁹⁵ *Ibid.*, p. 42.

En este asunto, la Corte decidió que la anexión de las Islas Murray en 1879 no extinguió los títulos nativos sobre estas tierras⁹⁶.

Completando esta política, *The Native Title Act of 1993*⁹⁷ estableció un procedimiento para determinar la existencia o no de títulos nativos sobre zonas concretas de tierra o agua, abordando igualmente el problema de las demandas de compensación. Esta Ley se aplica por el *National Native Title Tribunal*, que es un órgano de negociación, mediación e investigación cuyas decisiones no son vinculantes. No obstante, en el caso de reclamaciones controvertidas, la decisión con carácter vinculante corresponde a la *Federal Court of Australia*, salvo que sea competente la *High Court* australiana. Por su parte, la *High Court* australiana ha seguido desarrollando su doctrina jurisprudencial iniciada en el asunto *Mabo*. Así, en el asunto *The Wik Peoples v. The State of Queensland*, la *High Court* sostuvo que las concesiones de arrendamiento no extinguieron los títulos nativos⁹⁸. Pese a los avances evidentes en cuestiones que afectan a las devoluciones de tierras, todavía hoy los aborígenes australianos se sienten discriminados de hecho⁹⁹.

2.3.2. Nueva Zelanda

En el caso de Nueva Zelanda, la opinión tradicional es que el pueblo indígena, los Maoríes¹⁰⁰, perdieron cualquier derecho a sus tierras y pesquerías después de la anexión británica. Pese a ello, todavía en 1840 la Corona Británica por un lado, representada por el Capitán *Hobson*, y por otro lado los «confederated and independent chiefs of New Zealand» celebraron el conocido como Tratado de *Waitangi*, considerado la Carta

⁹⁶ *Ibíd.*, p. 77.

⁹⁷ Disponible en http://www.austlii.edu.au/au/legis/cth/consol_act/nta1993147. Véase McNEIL, K., *Common Law Aboriginal Title*, 1989; McRAE, H., *Aboriginal Legal Issues*, 1991.

⁹⁸ A. L. R. 134 (1996), p. 637. Su texto está disponible en la dirección de Internet http://www.austlii.edu.au/au/cases/cth/high_ct/unrep299.html.

⁹⁹ En la página Web de *Human Rights in Australia* se afirma que los porcentajes de detenciones y malos tratos que sufren los aborígenes australianos son «several times larger than those for non-aborigines». Disponible en <http://www.derechos.org/human-rights/ocea>.

¹⁰⁰ Antes de la colonización británica, el pueblo Maorí constaba de un número de personas que oscilaban entre 125.000 y 135.000. En 1840, su número descendió a 90.000 y en 1886 sólo quedaban 42.650 maoríes. En la actualidad su número se ha incrementado, representando el 15% del total de la población de Nueva Zelanda, calculada en 3'5 millones de personas. Cfr. WILLIAMS, D., «Aboriginal Rights in Aotearoa (New Zealand)», *Law and Anthropology*, 2, 1987, p. 423.

Magna de los Maoríes¹⁰¹. Este Tratado presente un problema de interpretación lingüística grave de textos igualmente auténticos. En su versión inglesa, este Tratado concedió a la Corona británica «sovereignty», a cambio de reconocer a las tribus la «full, exclusive and undisturbed possession of their lands and estates» (arts. 1 y 2). Por el contrario, en su versión maorí, los poderes de la Corona se califican como *kawanatanga*, lo que significa derechos de gobierno pero no de soberanía, mientras que adjetiva los derechos de las tribus maoríes como *rangatiratanga*, que sería el equivalente a la *autoritas* de los jefes tribales, es decir, el poder de disponer, utilizar y gestionar las tierras maoríes y otros recursos según los modos tradicionales de los maoríes¹⁰².

Pese a ello, la jurisprudencia neocelandesa prefirió utilizar exclusivamente la versión inglesa del Tratado de *Waitangi* e incluso fue mucho más lejos. Así, en el asunto *Wi Parata v. Bishop of Wellington*, la *High Court* neocelandesa afirmó en 1877 que el Tratado de *Waitangi* no era jurídicamente vinculante, dado que los Maoríes no eran soberanos y, conforme a la doctrina sentada por las ideas de *John Austin*, sólo el soberano podía conceder derechos de propiedad¹⁰³. En contra de esta doctrina judicial, los defensores de la pervivencia de los títulos aborígenes sostienen que la Corona británica adquirió su título sobre Nueva Zelanda (tanto *imperium* como *dominium*) condicionado al respeto de los derechos de propiedad pre-existentes¹⁰⁴.

En cualquier caso, los Maoríes fueron desposeídos de sus tierras mediante dos leyes. La *1862 Maori Land Act* transformó los derechos consuetudinarios de ocupación maoríes en derechos de plena propiedad de la Corona que podían y fueron vendidos a habitantes no Maoríes, y la *1909 Native Land Act*, que expresamente declaró que los títulos Maoríes no eran oponibles contra la Corona.

¹⁰¹ Texto publicado en PARRY, *Consolidated Treaty Series*, 89, (1839-1849), pp. 473 y ss. Vide ORANGE, C., *The Treaty of Waitangi*, 1987; McHUGH, P., *The Maori Magna Carta. New Zealand Law and the Treaty of Waitangi*, 1991.

¹⁰² Véanse POCOCK, J. P. A., *Sovereignty and History in a Divided Culture: The Case of New Zealand and the Treaty of Waitangi, Remarks at the Iredell Memorial Lecture*, Lancaster University (Oct. 10, 1991); BLUMM, M. C., «Native Fishing Rights and Environmental Protection in North America and New Zealand: A Comparative Analysis of Profits A Pendre and Habitat Servitudes», *Wisconsin International Law Journal*, 8, 1989, pp. 30-32.

¹⁰³ 3 Jur. (N. S.) 72 (1877).

¹⁰⁴ McHUGH, P., *The Maori Magna Carta. New Zealand Law and the Treaty of Waitangi*, 1991, *op. cit.*, pp. 97 y 135.

Estas dos leyes no prejuzgaron los derechos de los Maoríes distintos a las reclamaciones de tierras y, principalmente, sus derechos de pesca. Mediante la legislación ordinaria, en concreto la *Treaty of Waitangi Act of 1975*, se intentó llevar a la práctica lo dispuesto en el Tratado de *Waitangi*. Esta ley creó el Tribunal *Waitangi*, con la función de investigar las acciones legislativas o ejecutivas que pudieran considerarse violaciones de los principios del Tratado; de emitir informes con conclusiones al respecto; y de realizar las recomendaciones pertinentes¹⁰⁵. Pese a la ausencia de carácter vinculante de sus decisiones, las recomendaciones de este Tribunal han influido en las tres ramas del poder público neocelandés. En un relativamente reciente asunto sobre derechos de aguas, la *High Court* neocelandesa declaró que el Tratado de *Waitangi* era parte de la «fabric of New Zealand society» y justificó el acudir a su jurisprudencia haciendo referencia explícita al conocimiento experto que esta institución tiene de los valores culturales y espirituales de los Maoríes en el contexto del Tratado de *Waitangi*. También el Gobierno neocelandés utiliza el recurso a este Tratado para mantener unas relaciones cuasi-fiduciarias con los Maoríes. Ello no significa, sin embargo, que las pretensiones de autogobierno y de reclamaciones de tierras por parte de los Maoríes sea una cuestión zanjada, pues con carácter esporádico se produce de vez en cuando alguna revuelta o acción violenta de los Maoríes al respecto, como la que ocurrió en marzo de 1997.

3. LA EMERSIÓN DE UN ESTATUTO INTERNACIONAL PARA LOS PUEBLOS INDÍGENAS

3.1. *Los tratados internacionales celebrados con los pueblos indígenas*

La característica de no respetar los tratados celebrados con los pueblos indígenas es un hecho histórico, ya pasado, bajo cuyo influjo se cometieron muy diversos actos genocidas¹⁰⁶. Sin embargo, el hecho de

¹⁰⁵ McHUGH, P., «The Constitutional Role of the Waitangi Tribunal», *New Zealand Law Journal*, 1985, p. 224; TEMM, P. B., *The Waitangi Tribunal: The Conscience of the Nation*, 1990.

¹⁰⁶ En el caso de los EEUU, esta actitud de no respetar los tratados adoptados ha sido estudiada por DELORIA, V. Jr., *Behind the trail of broken treaties*, 1974. En concreto, se atribuye al Presidente *Andrew Jackson* el haber «specifically authorized bribery in treaty negotiations with Indians». Cfr. WILKINSON, C.

que se firmasen y ratificasen tratados es sumamente relevante, ya que proporciona una buena parte de la defensa jurídica de los actuales pueblos indígenas. El comportamiento consistente en adquirir tierras y asegurar la paz y las relaciones de amistad, así como el comercio, a través de la conclusión formal de tratados es una actuación que, en el continente americano, siguieron, entre otros, los holandeses¹⁰⁷, los franceses¹⁰⁸, los británicos, los primeros colonos americanos¹⁰⁹ e, incluso, los españoles¹¹⁰. Los que iniciaron esta pauta de comportamiento fueron los

F.; VOLKMAN, J. M., «Judicial Review of Indian Treaty Abrogation: «As long as Water Flows or Grass Grows Upon the Earth» - How Long a Time Is That?», *Californian Law Review*, 63, 1975, p. 610.

¹⁰⁷ Véase VAUGHAN, A. T., (ed.), *Early American Indian Documents: Treaties and Laws, 1607-1789*, vol. 1, pp. 1-30. La «Compañía Holandesa de las Indias Occidentales», tras el «descubrimiento» de Delaware Bay, adquirió en 1629 tierras de los indios en esta zona, para fundar un establecimiento en Swanendale como parte de la colonia de New Netherlands. De una manera similar, la «Compañía Nueva Suecia», en su intento de colonizar la región de Delaware, también compró tierras de los nativos americanos, celebrando un tratado con los Indios en 1654 en Tennakonck.

¹⁰⁸ Los establecimientos franceses en el noreste del continente americano comenzaron pronto, con la llegada de *Jacques Cartier* al territorio Micmac en 1534. Durante siglos, los británicos y los franceses compitieron por el territorio y por el comercio en el Noreste. Los dos colonizadores intercambiaron territorios con el Tratado de Breda (1667) y el Tratado de Utrecht (1713). Las naciones indígenas también se vieron envueltas en estos enfrentamientos. Así, por ejemplo, los Hurones se aliaron con los franceses, mientras que los Haudenasaunee, o Asociación de los Iricuois sostuvieron a los británicos. Véase PEVAR, S. L., *The Rights of Indians and Tribes*, 1992.

¹⁰⁹ Un estudio en profundidad de estos acuerdos se encuentra en los informes del Relator especial comisionado por las Naciones Unidas, Sr. *Miguel Alfonso Martínez*, titulados «*Estudio de los tratados, acuerdos y otros arreglos constructivos entre los Estados y las poblaciones indígenas*»: *Primer informe* (NU, doc. E/CN.4/Sub.2/1992/32, de 1992); *Segundo informe* (NU, doc. E/CN.4/Sub.2/1995/27, de 1995); y *Tercer informe* (NU, doc. E/CN.4/Sub.2/1996/23, de 1996).

¹¹⁰ En México, América Central y América del Sur, ni los españoles ni los portugueses siguieron una política de celebrar tratados con los pueblos indígenas. Ambos imperios se basaron en la autoridad de las dos bulas *Inter caetera*, promulgadas por el Papa *Alejandro VI* en mayo de 1493. Con estas bulas papales se zanjó la disputa entre Portugal y Castilla sobre los títulos de los territorios del Nuevo Mundo. Estas bulas no sólo atribuyeron poderes exclusivos a ambas potencias para realizar actividades misioneras, sino que también trazaron una línea fronteriza imaginaria de norte a sur a 100 ligas al oeste de las Azores, que delimitaba sus posesiones presentes y futuras en el Nuevo Mundo. Esta línea se modificó con el Tratado hispano-portugués de Tordesillas (6-VI-1494), desplazándose a 370 ligas al oeste de las islas de Cabo Verde. Con la nueva demarcación, Castilla se aseguró el título a la mayor parte de las Américas, garantizando al mismo tiempo el control portugués de la parte más oriental de

británicos, quienes establecieron una tupida red de tratados sobre la mayoría de América del Norte¹¹¹. En una *Royal Proclamation* de 1763, el Imperio Británico llegó a prohibir la adquisición de tierras reclamadas por los Indios hasta que los títulos indios decayeran por venta o como consecuencia de un tratado de cesión.

También cabe mencionar que en los enfrentamientos armados sobre las tierras coloniales que se produjeron entre los británicos, franceses, españoles y holandeses, se celebraron múltiples tratados de alianza militar con concretas tribus indias. En el caso de los EEUU, esta práctica de celebrar tratados de alianza militar continuó mucho tiempo después de que se proclamase su Declaración de independencia de 1776¹¹²,

América del Sur, el territorio actual de Brasil. Este acuerdo se extendió al Océano Pacífico con el Tratado de Zaragoza (22-IV-1529), garantizando el título de Castilla sobre las Filipinas. Sin embargo, España sí celebró tratados con los indígenas cuando lo consideró necesario. Por ejemplo, España celebró diversos tratados con los Mapuche, entre los que destaca el Tratado de paz de Quillin de 1641, que estableció una frontera entre la colonia española y el territorio Mapuche, o los «parlamentos» Negrete, que también fueron acuerdos de paz con la misma tribu concluidos en 1726 y en 1803. Según Miguel Alfonso Martínez, cuando España tuvo que competir con otras potencias europeas (Inglaterra, Francia), se vio a menudo obligada a celebrar tratados con las naciones indígenas, como ocurrió en la zona sur de América del Norte (Nueva Vizcaya) y en Nicaragua. Martínez continúa afirmando que, al final del siglo XVIII, en América del Norte los españoles se vieron envueltos en una serie de «intrigas» con las Cinco Tribus Civilizadas para unir las y convertirlas en Estados barrera contra los EEUU, lo que le llevó a concluir tratados con los Chickasaws y Choctaws en 1784. Esta limitada práctica de los españoles la califica como de mero reflejo de la forma de diplomacia elegida por los anglo-americanos en sus tratos con las naciones indígenas de la zona. Cfr. NU, doc. E/CN.4/Sub.2/1992/32 (1992): *Estudio de los tratados, acuerdos y otros arreglos constructivos entre los Estados y las poblaciones indígenas. Primer informe*, op. cit., p. 203.

¹¹¹ JONES, D. V., *License for Empire: Colonialism by Treaty in early America*, 1982, pp. 10-18. Según Miguel Alfonso Martínez, Gran Bretaña fue de hecho la única potencia colonial que llevó a cabo una política coherente de celebrar tratados con pueblos no europeos. Cfr. NU, doc. E/CN.4/Sub.2/1992/32 (1992): *Estudio de los tratados, acuerdos y otros arreglos constructivos entre los Estados y las poblaciones indígenas. Primer informe*, op. cit., p. 203.

¹¹² Por ejemplo, en la «Ordinance for the Government of the Territory of the United States Northwest of the River Ohio», *Journal of Continental Congress*, 32, pp. 340-341 (July 13, 1787), se llegó a afirmar que: «The utmost good faith shall always be observed towards the Indians; their lands and property shall never be taken from them without their consent; and in their property, rights and liberty, they never shall be invaded or disturbed, unless in just and lawful wars authorized by Congress; but laws founded in justice and humanity shall from time to time be made, for preventing wrongs being done to them, and for preserving peace and friendship with them».

llegando a incorporarse en una Ley adoptada por el Congreso estadounidense el 7-VIII-1789¹¹³. Sin embargo, esta práctica dejó de celebrarse y de respetarse tras la consolidación de los EEUU como Estado independiente después de la Guerra de 1812, segunda de las guerras que los americanos sostuvieron contra los británicos y sus aliados (las tribus del noroeste bajo el mando de *Tecumseh*). Posteriormente, los tratados que se celebraron entre los EEUU y las tribus indias se utilizaron en gran medida para confinar a las tribus indias en parcelas de tierras cada vez más reducidas, a cambio de recibir garantías solemnes de que cada uno de estos tratados representaba la delimitación final de las tierras en las que vivirían¹¹⁴.

Las naciones indígenas tuvieron que librar una ardua batalla para que sus acuerdos con los colonizadores europeos fueran reconocidos como prescripciones de Derecho Internacional. La negativa a reconocerlos como auténticos tratados internacionales resultó patente en el famoso laudo arbitral que dio el Profesor *Max Huber* en 1928 en el asunto de la *Isla de Palmas*. En este asunto, el árbitro concluyó afirmando que los tratados celebrados entre las autoridades indígenas de la isla y la Compañía holandesa de las Indias Orientales no constituían «in the international law sense, treaties or conventions capable of creating rights and obligations such as may, in international law, arise out of treaties»¹¹⁵. En el mismo sentido, el arbitraje de 1926 en el asunto de los *Indios Cayuga* llegó a afirmar que una tribu india «is not a legal unit of international law»¹¹⁶.

En Derecho Internacional, este tipo de afirmaciones no se puede sostener por más tiempo. Al menos en el caso concreto de los EEUU, los tratados con las Naciones Indias se celebraron de la misma manera, con las mismas formalidades y siguiendo los mismos procedimientos que los tratados celebrados con cualquier Estado-nación extranjero. En el

¹¹³ Cfr. «An Act to Provide for the Government of the Territory Northwest of the River Ohio», *Stat. 1*, p. 50 (1789).

¹¹⁴ Es famosa la descripción que, del carácter perpetuo de los límites de las reservas indias pactadas en los tratados celebrados entre el Gobierno de los EEUU y las tribus indias, hiciera en 1854 el Senador *Sam Houston*: «As long as water flows, or grass grows upon the earth, or the sun rises to show your pathway, or you kindle your camp fires, so long shall you be protected by this Government, and never again be removed from your present habitation». Cfr. *Cong. Globe*, 33d Cong., 1st Sess. 202 (1854).

¹¹⁵ Véase *Island of Palmas Case (United States v. Netherlands)*, 1928. Publicado en UNITED NATIONS, *Reports of International Arbitral Awards*, 2, p. 858.

¹¹⁶ Véase *Cayuga Indians Case (Great Britain v. United States)*, 1926. Publicado en UNITED NATIONS, *Reports of International Arbitral Awards*, 6, p. 176.

tiempo en el que se concluyeron, todos los tratados con los indios americanos celebrados antes de 1871 parecen haber tenido la naturaleza, así como la fuerza y el efecto de auténticas obligaciones jurídicas internacionales. No sólo las Naciones Indias, sino también los poderes ejecutivo y legislativo de los EEUU se comportaron en total conformidad con las formalidades y contenidos del Derecho Internacional y del Derecho interno al celebrar dichos tratados¹¹⁷. Incluso el poder judicial acabó por reconocer formalmente su carácter de auténticos tratados internacionales en la famosa trilogía de asuntos indios resuelta por el que fuera Presidente del Tribunal Supremo federal de los EEUU, Juez *Marshall*¹¹⁸. La práctica judicial¹¹⁹ y administrativa¹²⁰ posterior de los EEUU confirmó este entendimiento. En consecuencia, los tratados celebrados entre las Naciones Indias y el Gobierno de los EEUU están sometidos al régimen prescriptivo del Derecho Internacional en lo que se refiere a su validez, interpretación o aplicación¹²¹.

¹¹⁷ La identidad de trato entre los acuerdos celebrados por los EEUU con los Estados europeos y con las Naciones Indias no fue fortuita, sino deliberada. El 17-IX-1789, el Presidente *George Washington* mandó el siguiente mensaje al Senado: «It is said to be the general understanding and practice of nations, as a check on the mistakes and indiscretions of ministers or commissioners, not to consider any treaty negotiated and signed by such officers as final and conclusive, until ratified by the sovereign or government from whom they derive their powers. This practice has been adopted by the United States respecting their treaties with European nations, and I am inclined to think it would be advisable to observe it in the conduct of our treaties with the Indians». Cfr. GALES, J., (ed.), *Annals of Cong.*, 1, p. 83. El Senado nombró un comité especial para investigar el tema de la ratificación de los tratados indios. Pese a que el comité consideró que la «ratificación formal» de los tratados con las Naciones Indias no era «*expedient or necessary*» (ibíd., p. 84), el pleno del Senado decidió seguir el consejo del Presidente y acordó «*to advise and consent*» que el Presidente ratificara los diversos tratados celebrados con las Naciones Indias (ibíd., p. 87).

¹¹⁸ Son los casos *Johnson v. M'Intosh* (21 U.S. [8 Wheat.] 543, 1823); *Cherokee Nation v. Georgia* (30 U.S. [5 Pet.] 1, 1831); y *Worcester v. Georgia* (31 U.S. [6 Pet.] 515, 1832).

¹¹⁹ El paralelismo entre los tratados celebrados con Estados extranjeros y los tratados celebrados con las Naciones Indias fue confirmado en los casos *United States v. 43 Gallons of Whiskey* (93 U.S. 188 [1876]); *Menominee Tribe v. United States* (39 U.S. 40 [1968]); y *Washington v. Fishing Vessel Ass'n* (443 U.S. 658 [1979]).

¹²⁰ «It was decided very early that compacts entered into with Indian tribes required ratification by the Senate and had the same status, force and dignity as agreements with sovereign nations». U.S. NATIONAL ARCHIVES (ed.), *List of Documents Concerning the Negotiation of Ratified Indian Treaties*, 1949, reeditado en 1975.

¹²¹ WIESSNER, S., «American Indian Treaties and Modern International Law», *St. Thomas Law Review*, 7, 1995, p. 593. Sobre la práctica de la celebración de

3.2. *La necesidad de un régimen específico para los pueblos indígenas*

El Derecho Internacional tradicional, en su concepción más positivista, únicamente permitió a los Estados-naciones actuar y ser titulares de derechos y deberes protegidos jurídicamente. Los horrores de la Segunda Guerra Mundial forzaron un replanteamiento de la discrecionalidad prácticamente ilimitada con la que los Estados trataban a sus propios nacionales. La Carta de las Naciones Unidas puso a los derechos humanos y al derecho a la autodeterminación de los pueblos en un primer lugar¹²², configurándolos como rasgos distintivos del nuevo orden mundial. La Declaración Universal de Derechos Humanos de 10-XII-1948¹²³ articuló estos derechos y los Pactos de 1966 de las Naciones Unidas¹²⁴ y otros instrumentos regionales¹²⁵ los codificaron, convirtiéndolos en acuerdos jurídicamente vinculantes. Existen también convenios más específicos sobre derechos humanos que prohíben todas las formas de discriminación racial, el genocidio, la esclavitud o la tortura, o que garantizan los derechos humanos de mujeres y niños¹²⁶. Estos tratados

tratados entre pueblos indígenas y otros Estados, véase BROWNLIE, I., *Treaties and Indigenous Peoples*, 1992.

¹²² Arts. 1.2, 1.3, 55, 56 y 73. Publicada en el *BOE* núm. 275, de 16-XI-1990. La Carta de las Naciones Unidas se firmó el 26-VI-1945 en San Francisco, al terminar la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Organización Internacional, y entró en vigor el 24-X-1945.

¹²³ Resolución 217 (III), de 10-XII-1948, de la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas.

¹²⁴ Pacto internacional de derechos económicos, sociales y culturales (Nueva York, 16-XII-1966) (publicado en el *BOE* de 30-IV-1977; entró en vigor de forma general el 3-I-1976 y, para España, el 27-VII-1977); Pacto internacional de derechos civiles y políticos (Nueva York, 16-XII-1966) (publicado en el *BOE* de 30-IV-1977; entró en vigor de forma general el 23-III-1976 y, para España, el 27-VII-1977); y Protocolo facultativo del Pacto internacional de derechos civiles y políticos (Nueva York, 16-XII-1966) (publicado en el *BOE* de 2-IV-1985, con corrección de errores en el *BOE* de 4-V-1985; entró en vigor de forma general el 23-III-1976, y para España el 25-IV-1985).

¹²⁵ Los tratados internacionales sobre derechos humanos de ámbito regional europeo, americano y africano pueden consultarse en BOU FRANCH, V., *Derechos Humanos. Selección básica de textos internacionales*, 2003.

¹²⁶ Convención internacional sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial (Nueva York, 7-III-1966) (publicada en el *BOE* de 17-V-1969; entró en vigor, de forma general y para España, el 4-I-1969); Convención para la prevención y la sanción del delito de genocidio (Nueva York, 9-XII-1948) (publicada en el *BOE* de 4-I-1977; entró en vigor el 12-I-1951); Convención sobre la esclavitud (Ginebra, 25-IX-1926); Protocolo de enmienda al Convenio sobre la esclavitud, de 25-X-1926 (Nueva York, 7-XII-1953) (publicado en el *BOE* de

aseguran la libertad de religión¹²⁷, garantizan el derecho a la autodeterminación de los pueblos¹²⁸ e incluso protegen el derecho de las minorías a preservar y disfrutar de su propia vida cultural¹²⁹. El problema que se plantea en consecuencia es el de dilucidar si estas disposiciones son suficientes para satisfacer las necesidades de los pueblos indígenas o si resultaría perentoria o apropiada la formulación de un régimen específico que versara en concreto sobre los pueblos indígenas.

Prácticamente todos los pueblos indígenas comparten una serie de problemas comunes que resultan de la tortuosa relación que se produjo entre el conquistador y el pueblo conquistado. Estos problemas son: 1) a los indígenas se les privó de las tierras que compartían libremente; 2) se impuso el modo de vida del conquistador; 3) la autonomía política de la que disfrutaban se les recortó drásticamente; y 4) a los pueblos indígenas

4-I-1977; entró en vigor el 10-XI-1976); Convención complementaria del Convenio sobre la esclavitud, de 25-IX-1926 (Ginebra, 7-IX-1956) (publicada en el *BOE* de 29-XII-1967; entró en vigor para España el 21-XI-1967); Convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes (Nueva York, 10-XII-1984) (publicada en el *BOE*, de 9-XI-1987; entró en vigor de forma general el 26-VI-1987 y para España el 20-XI-1987); Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (Nueva York, 18-XII-1979) (publicada en el *BOE* de 21-III-1984; entró en vigor con carácter general el 3-IX-1981 y para España el 4-II-1984); Convenio sobre los derechos políticos de la mujer (Nueva York, 31-III-1953) (publicado en el *BOE* de 23-IV-1974, con corrección de errores en el *BOE* de 22-VIII-1974; entró en vigor de forma general el 7-VII-1954, y para España el 14-IV-1974); Convención sobre los derechos del niño (Nueva York, 20-XI-1989) (publicada en el *BOE* de 31-XII-1990; entró en vigor de forma general el 2-IX-1990 y para España el 5-I-1991). Esta última Convención regula específicamente los derechos de los niños indígenas en sus artículos 17.d), 29.1.d) y 30.

- ¹²⁷ Por ejemplo, el art. 18 del Pacto internacional de derechos civiles y políticos.
- ¹²⁸ Debe tenerse en cuenta que, aunque la Resolución 1514 (XV), de 14-XII-1960, de la Asamblea General de las Naciones Unidas, titulada «Declaración sobre la concesión de la independencia a los países y pueblos coloniales», proclamó solemnemente que: «Todos los pueblos tienen el derecho de libre determinación; en virtud de este derecho, determinan libremente su condición política y persiguen libremente su desarrollo económico, social y cultural» (p. 2), la Resolución 1541 (XV), adoptada por la misma Asamblea General al día siguiente, redujo el alcance de este derecho al limitarlo a los pueblos cuyo «territorio (...) está separado geográficamente del país que lo administra y es distinto de éste en sus aspectos étnicos o culturales» (Principio IV). Este requisito de la distancia geográfica, que impediría a los pueblos indígenas ser titulares del derecho a la autodeterminación, desapareció posteriormente de la práctica internacional. Así, el art. 1.1 de los dos Pactos de Naciones Unidas afirman el derecho de «todos» los pueblos, sin más condiciones, a la libre determinación.
- ¹²⁹ Por ejemplo, el art. 27 del Pacto internacional de derechos civiles y políticos.

se les ha relegado a los niveles más bajos de pobreza. De estos problemas, en general han surgido cinco reclamaciones: 1) deberían respetarse, e incluso devolver, las tierras tradicionalmente utilizadas por los indígenas; 2) los pueblos indígenas deberían tener el derecho a practicar sus tradiciones y a celebrar sus ritos religiosos y culturales en total libertad; 3) deberían tener acceso a los servicios sociales, incluidos los sanitarios y educativos; 4) las naciones conquistadoras deberían respetar y honrar los tratados que celebraron con los indígenas; y 5) los pueblos indígenas deberían tener el derecho a la libre determinación.

Algunas de estas reclamaciones ya están reconocidas, aunque no en su totalidad, por las disposiciones actualmente existentes en el Derecho Internacional. Éste sería el caso, por ejemplo, del derecho a la supervivencia física; del disfrute, en la medida en que se acepten, de los derechos económicos y sociales; o de la libertad religiosa. Lo que falta para los pueblos indígenas en los instrumentos internacionales sobre derechos humanos es la protección específica de su distintivo cultural y de su identidad como grupo, así como la dimensión espacial y política de esa identidad¹³⁰. La laguna jurídica más evidente que se genera a este respecto en los instrumentos internacionales sobre derechos humanos es el no reconocimiento de la necesidad de sus tierras, con las cuales los pueblos indígenas mantienen vínculos muy profundos, a menudo de naturaleza espiritual¹³¹. Otras demandas que los individualizan son las relativas al retorno de sus objetos, lugares y restos sagrados y su demanda a los Gobiernos de respetar su palabra y de honrar sus obligaciones convencionales. No resulta fácil encontrar en el actual Derecho Internacional acomodo para estas pretensiones indígenas. El

¹³⁰ WIESSNER, S., «Rights and Status of Indigenous Peoples: A Global Comparative and International Legal Analysis», *Harvard Human Rights Journal*, 12, 1999, pp. 99-100.

¹³¹ En las sesiones públicas celebradas ante la Comisión Mundial sobre Medio Ambiente y Desarrollo en Sao Paulo, el 28-X-1985, Ailton Krenak, representante de la *Indian Nations Union*, se expresó en los siguientes términos: «When the government took our land, (...) they wanted to give us another place (...). But the State, the government, will never understand that we do not have another place to go. The only possible place for [indigenous] people to live and to re-establish our existence, to speak to our Gods, to speak to our nature, to weave our lives, is where our God created us (...). We are not idiots to believe that there is possibility of life for us outside of where the origin of our life is. Respect our place of living, do not degrade our living conditions, respect this life (...). The only thing we have is the right to cry for our dignity and the need to live in our land». Reproducido en WORLD COMMISSION ON ENVIRONMENT AND DEVELOPMENT, *Our Common Future*, 1987, p. 4.

retorno y la protección de los objetos, lugares y restos sagrados apenas queda incluido en una interpretación muy amplia de la libertad de religión. La Convención para la prevención y la sanción del delito de genocidio no está redactada de manera suficientemente amplia como para abarcar los actos de extinción cultural, resultantes de la ocupación de tierras y otras formas de degradación de su medio ambiente, que puedan acarrear el «espíritu de la muerte» a una nación indígena¹³². La no satisfacción de estas pretensiones por los ordenamientos nacionales no ha hecho desaparecer el problema que, debido a las dimensiones que ha ido adquiriendo, ha provocado que paulatinamente el Derecho Internacional vaya mostrando una creciente y continuada preocupación hacia el problema del estatuto jurídico de las naciones indígenas.

3.3. La Organización Internacional del Trabajo y los pueblos indígenas

Resulta curioso constatar que, a nivel mundial, quién mostró por primera vez su preocupación por la situación jurídica en la que se encontraban los pueblos indígenas fuera un organismo especializado perteneciente al sistema onusiano: la OIT¹³³. No obstante, su primer

¹³² Cabe recordar que, convocada por la Organización de las Naciones Unidas sobre la Educación, la Ciencia y la Cultura (UNESCO), en San José de Costa Rica se celebró en diciembre de 1981 una «Reunión de Expertos en Etnodesarrollo y Etnocidio en América latina». En la Declaración sobre el etnocidio y el etnodesarrollo (San José, 11-XII-1981) en su punto primero se lee: «Declaramos que el etnocidio, es decir, el genocidio cultural es un delito de derecho internacional al igual que el genocidio condenado por la Convención de las Naciones Unidas para la prevención y sanción del delito de genocidio de 1948». Esta Declaración también vinculó el etnocidio a la usurpación de las tierras tradicionales, al afirmar que: «Para los pueblos indios la tierra no es sólo un objeto de posesión y de producción. Constituye la base de su existencia en los aspectos físico y espiritual en tanto que entidad autónoma. El espacio territorial es el fundamento y la razón de su relación con el universo y el sustento de su cosmovisión. Estos pueblos indios tienen derecho natural e inalienable a los territorios que poseen y a reivindicar las tierras de las cuales han sido despojados». Cfr. doc. UNESCO FS 82/WF.32 (1982), reproducida en español en ANAYA, S. J., *Los pueblos indígenas en el derecho internacional*, 2005, pp. 387-389.

¹³³ A nivel regional americano, existen antecedentes previos, como la Convención de Patzcuaro de 29-XI-1940. Esta Convención, por un lado, animó a los países contratantes a crear Institutos Indigenistas Nacionales que, en general, tendrían las funciones de «estimular el interés y proporcionar información sobre materia indígena (...) y realizar estudios sobre la misma materia, de interés particular para el país» (art. X). Por otro lado, estableció el Instituto

intento de abordar los problemas de los indígenas resultó altamente cuestionable por los objetivos políticos que persiguió. En efecto, el Convenio núm. 107 de la OIT, adoptado en 1957, sobre poblaciones indígenas y tribales en países independientes¹³⁴ concedió relativamente poca importancia a las culturas indígenas como tales, centrándose más en los objetivos de integración y asimilación de los indígenas que en la protección de las características únicas del modo de vida de las poblaciones indígenas¹³⁵.

En 1986, la OIT cambió de enfoque y comenzó a redactar un nuevo convenio. Cabe destacar que la «Reunión de Expertos» convocada en 1986 por la OIT recomendó la revisión del anterior Convenio núm. 107 de 1957, concluyendo que:

«(...) el lenguaje orientado a la integración que utiliza el Convenio núm. 107 era anticuado y [resultaba] perjudicial su aplicación en el mundo moderno. En 1956 y en 1957, cuando se discutió el Convenio, se opinaba que la integración en la sociedad nacional dominante era la mejor forma de que esos grupos participaran en el proceso de desarrollo de los países en donde habitaban. Esta idea, no obstante, tuvo varias consecuencias que no eran de desear y, si adquirió un carácter negativo, por lo menos en parte se debió a la manera en que lo interpretaron los gobiernos. En la práctica se transformó en un concepto que significaba la extinción de las formas de vida distintas de las de la sociedad dominante. La inclusión de esta idea en el texto del Convenio también impidió

Indigenista Interamericano, como entidad colaboradora de la Unión Panamericana, con las funciones de «solicitar, coleccionar, ordenar y distribuir informaciones sobre lo siguiente: a) investigaciones científicas referentes a los problemas indígenas; b) legislación, jurisprudencia y administración de los grupos indígenas; c) actividades de las instituciones interesadas en los grupos mencionados; d) materiales de toda clase que puedan ser utilizados por los Gobiernos, como base para el desarrollo de su política de mejoramiento económico y social de las condiciones de vida de los grupos indígenas; e) recomendaciones hechas por los mismos indígenas en los asuntos que les conciernan» (art. IV).

¹³⁴ Publicado en *United Nations Treaty Series*, 328, pp. 247 y ss. En vigor desde el 2-VI-1959.

¹³⁵ Su política integracionista resulta evidente de la lectura de sus artículos 4 y 5, en donde se describe el modo cómo los Gobiernos deben «aplicar las disposiciones del presente Convenio relativas a la integración de las poblaciones indígenas, tribales y semitribales. Quizás por ello este Convenio tuvo muy poca aceptación: sólo fue ratificado por 27 Estados, sin incluir a Estados importantes con fuerte presencia de poblaciones indígenas, como Australia, Canadá, EEUU, Nueva Zelanda, Unión Soviética, etc. Por ejemplo, el Gobierno australiano se manifestó decididamente en su contra, al afirmar que «the Convention's emphasis on «integration» does not (...) accord with the Government's policy of recognizing the fundamental right of Aborigines to retain their identity and traditional life style where desired». Citado en BROWNIE, I., *Treaties and Indigenous Peoples*, op. cit., p. 64.

que los pueblos indígenas y tribales, en razón de la desconfianza que éste les inspiraba, aprovecharan plenamente las sólidas protecciones que algunas de sus disposiciones les ofrecen. A este respecto, se recordó que el Relator especial de la Subcomisión insistió en su estudio sobre la necesidad de adoptar una concepción que tuviese en cuenta las demandas de las poblaciones indígenas. En su opinión, las políticas de pluralismo, autosuficiencia, autogestión y etnodesarrollo parecían ser las que ofrecerían a las poblaciones indígenas las mejores posibilidades y medios de participar directamente en la formulación e implementación de las políticas oficiales.¹³⁶

De sus trabajos resultó la adopción, el 27-VI-1989, del Convenio núm. 169 de la OIT sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes¹³⁷. Pese a que ha tenido un ritmo de ratificación relativamente lento¹³⁸, el nuevo Convenio de la OIT tiene como su idea básica el reconocimiento de «las aspiraciones de estos pueblos [indígenas] a asumir el control de sus propias instituciones y formas de vida y de su desarrollo económico y a mantener y fortalecer sus identidades, lenguas y religiones, dentro del marco de los Estados en los que viven»¹³⁹.

El Convenio núm. 169 de la OIT incluye disposiciones que persiguen promover la integridad cultural indígena¹⁴⁰, la no discriminación en la esfera del bienestar social¹⁴¹ y, en general, impone a los Estados la

¹³⁶ Informe de la Reunión de Expertos, pág. 46. El estudio del Relator especial que se cita es el estudio de José Martínez Cobo, realizado bajo los auspicios de la Subcomisión de Prevención de Discriminaciones y Protección a las Minorías de la ONU. *Vide infra*.

¹³⁷ Publicado en *International Legal Materials*, 28, 1989, pp. 1.382 y ss. En vigor desde el 5-IX-1991.

¹³⁸ El Convenio núm. 169 de la OIT ha sido ratificado por los siguientes Estados: Argentina, Bolivia, Brasil, Colombia, Costa Rica, Dinamarca, Dominica, Ecuador, Fiji, Guatemala, Honduras, México, Noruega, Países Bajos, Panamá, Paraguay, Perú y Venezuela. El listado de los Estados contratantes significa que más del 70% de los indios americanos ya están protegidos por este Convenio. Se espera que Filipinas y Rusia lo ratifiquen próximamente, aunque algunos Estados latinoamericanos no lo harán. Finlandia y Suecia han expresado sus preocupaciones por el alcance con el que el art. 14 (reproducido *infra*) reconoce el derecho a la propiedad de las tierras tradicionales. Véanse BARS. R. L., «Indigenous Peoples in the 1990s: From Object to Subject of International Law?», *Harvard Human Rights Journal*, 7, 1994, p. 45; SWEPESTON, L., «The ILO Indigenous and Tribal Peoples Convention (No. 169): Eight Years After Adoption». En: Cynthia Price Cohen (ed.), *Human Rights of Indigenous Peoples*, 1998, pp. 32-34.

¹³⁹ Párrafo 5 del Preámbulo.

¹⁴⁰ Según su artículo 5: «Deberán reconocerse y protegerse los valores y prácticas sociales, culturales, religiosos y espirituales propios de dichos pueblos (...).»

¹⁴¹ Véanse la Parte III del Convenio núm. 169 («Contratación y condiciones de empleo»), su Parte IV («Formación profesional, artesanía e industrias rurales»),

obligación de respetar las aspiraciones de los pueblos indígenas en todas las decisiones que les afecten¹⁴². Especial relevancia tienen las disposiciones de su Parte II, relativas a las tierras. Las tierras, incluido el concepto de territorios, cubre la totalidad del hábitat de las regiones que los pueblos indígenas ocupan o utilizan de alguna otra manera. Se consagra el deber de los Gobiernos de respetar «la importancia especial que para las culturas y valores espirituales de los pueblos [indígenas] interesados reviste su relación con las tierras o territorios (...) que ocupan o utilizan de alguna otra manera, y en particular los aspectos colectivos de esa relación» (art. 13.1). Se establece el deber de proteger especialmente los derechos de los pueblos indígenas sobre los recursos naturales existentes en sus tierras (art. 15) y, sobre todo, destaca lo dispuesto en su artículo 14, que es del siguiente tenor:

«1. Deberá reconocerse a los pueblos interesados el derecho de propiedad y de posesión sobre las tierras que tradicionalmente ocupan. Además, en los casos apropiados, deberán tomarse medidas para salvaguardar el derecho de los pueblos interesados a utilizar tierras que no estén exclusivamente ocupadas por ellos, pero a las que hayan tenido tradicionalmente acceso para sus actividades tradicionales y de subsistencia. A este respecto, deberá prestarse particular atención a la situación de los pueblos nómadas y de los agricultores itinerantes.

2. Los gobiernos deberán tomar las medidas que sean necesarias para determinar las tierras que los pueblos interesados ocupan tradicionalmente y garantizar la protección efectiva de sus derechos de propiedad y posesión.

3. Deberán instituirse procedimientos adecuados en el marco del sistema jurídico nacional para solucionar las reivindicaciones de tierras formuladas por los pueblos interesados».

Se ha criticado al Convenio núm. 169 de la OIT por no reconocer explícitamente a los pueblos indígenas el derecho a la libre determinación aunque, obviamente, tampoco lo excluye. Las dificultades que sobre esta cuestión surgieron al redactar el Convenio se hicieron evidentes en el debate sobre cómo identificar a los beneficiarios del futuro Convenio. Es decir, si se debía seguir utilizando el término «poblaciones», como ya hiciera el Convenio núm. 107 de la OIT en 1957, o si era preferible el

Parte V («Seguridad social y salud») y la Parte VI («Educación y medios de comunicación»).

¹⁴² Según su artículo 7.1: «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».

término «pueblos», como reclamaban los propios pueblos indígenas¹⁴³. En general, se considera que el uso del término «pueblos» implica un mayor grado de reconocimiento de su identidad colectiva. Sin embargo, varios representantes gubernamentales se mostraron reacios a su inclusión, debido a su evidente asociación ideológica con el derecho a la autodeterminación o libre determinación de los pueblos, un principio fundamental del Derecho Internacional que, a su vez, comprende el derecho a la secesión, es decir, a formar un nuevo Estado independiente. Este debate se hizo más complejo ya que los propios pueblos indígenas han reivindicado en numerosas ocasiones el derecho a la autodeterminación, significando con el mismo su voluntad de continuar existiendo como comunidades diferenciadas y libres de opresión, aunque en la mayoría de los casos sin tener aspiraciones de constituir sus propios Estados independientes¹⁴⁴.

Dentro de las peculiaridades del procedimiento decisorio de la OIT, la postura a favor de la utilización del término «pueblos» fue formulada por los delegados de los trabajadores en las deliberaciones de la Comisión que condujeron a la adopción del Convenio núm. 169 de la OIT¹⁴⁵. Las discusiones sobre la utilización de los términos «poblaciones» o «pueblos» se zanjaron mediante una decisión salomónica de resultados ambiguos, pues se acordó la inclusión del término «pueblos» en el Convenio núm. 169 de la OIT, a cambio de que su texto incluyera igualmente la siguiente

¹⁴³ Así se desprende, por ejemplo, de los comentarios formulados por el *Indigenous Peoples' Working Group* de Canadá, publicados en OIT, *Revisión Parcial del Convenio sobre Poblaciones Indígenas y Tribales 1957 (núm. 107), Informe IV(2A)*, Conferencia Internacional del Trabajo, 76.º período de sesiones, 1989, pp. 9-10: «Pueblos indígenas y tribales son sociedades distintivas a las que debe referirse de una manera precisa y aceptable. El uso continuado del término «poblaciones» les negaría injustamente su verdadero estatus e identidad como pueblos indígenas».

¹⁴⁴ Por ejemplo, durante el 75 período de sesiones de la Conferencia Internacional del Trabajo, la *National Coalition of Aboriginal Organizations* se expresó en los siguientes términos el 13-VI-1988: «Definimos nuestros derechos en términos de libre determinación. No buscamos el desmembramiento de sus Estados y ustedes lo saben. Pero insistimos en el derecho de controlar nuestros territorios, nuestros recursos naturales, la organización de nuestras sociedades, nuestras instituciones de decisión y el mantenimiento de nuestras propias culturas y formas de vida». Sobre el alcance del derecho de autodeterminación de los pueblos indígenas, véase ANAYA, S. J., *Los pueblos indígenas en el derecho internacional*, 2005, pp. 135-241.

¹⁴⁵ «Informe de la Comisión del Convenio núm. 107», en CONFERENCIA INTERNACIONAL DEL TRABAJO, *Actas Provisionales, 25, 31 y 32, 76.º período de sesiones*, 1989, pp. 25/7-9.

cláusula de salvaguardia: «La utilización del término «pueblos» en este Convenio 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» (art. 1.3). Además, también se acordó incluir de manera más específica la siguiente aseveración en las actas de la Comisión encargada de redactar el futuro Convenio: «Queda entendido para la Comisión que el empleo del término «pueblos» en este Convenio no tiene implicaciones respecto del derecho a la autodeterminación tal como se entiende en el Derecho Internacional»¹⁴⁶. Este compromiso de no reconocer explícitamente las consecuencias de las premisas asentadas ha sido interpretado por la Oficina Internacional del Trabajo en el sentido de que el uso condicionado del término «pueblos (...)» no limita el significado del término, en ningún caso y de ninguna manera», sino que el condicionarlo fue simplemente un medio para dejar en manos de la ONU la decisión sobre las implicaciones derivadas del empleo de este término¹⁴⁷.

Aunque la cuestión acerca de si los pueblos indígenas disfrutan o no del derecho a la libre determinación quedara, en consecuencia, abierta, interesa en todo caso conocer la definición que de pueblos tribales y de pueblos indígenas ha dado el Convenio núm. 169 de la OIT en su artículo 1:

¹⁴⁶ CONFERENCIA INTERNACIONAL DEL TRABAJO, *Actas Provisionales*, 25, 31 y 32, 76.º período de sesiones, 1989, pp. 25/8, pág. 31. Pese a ello, todavía algunos representantes gubernamentales continuaron expresando sus dudas y reservas sobre el uso de un término que, aunque condicionado, pudiera constituir una amenaza para la integridad territorial de un Estado en el que existieran comunidades indígenas dentro de sus fronteras. *Ibid.*, pp. 25/7-8, párs. 36-42.

¹⁴⁷ Declaración de Lee Swebston, en nombre de la Oficina Internacional del Trabajo, al Grupo de Trabajo sobre Poblaciones Indígenas de la ONU, 31-VII-1989. En estas ideas ha insistido reiteradamente el que fuera principal funcionario de la OIT responsable de la elaboración de este Convenio, Sr. Lee Swebston, al sostener que: «Certainly the argument that the convention limits the right to self-determination of these groups can be rejected without detailed consideration. This right, if it exists for them, remains to be defined in international law, by the United Nations in particular. Will the usage in the ILO convention have the effect of limiting that discussion? This is highly unlikely, as the UN will take account of the ILO's adoption of these phrases as only one element in an extremely complex debate (...). It is more likely that the effect will be a positive one for increasing the recognition in international law of the right of these peoples to separate and continued existence». Cfr. SWEPSTON, L., «A New Step on the International Law on Indigenous and Tribal Peoples: ILO Convention No. 169 of 1989», *Oklahoma City University Law Review*, 16, 1990, p. 694.

«1. El presente Convenio se aplica:

a) a los pueblos tribales en países independientes, cuyas condiciones sociales, culturales y económicas les distinguen de otros sectores de la colectividad nacional, y que estén regidos total o parcialmente por sus propias costumbres o tradiciones o por una legislación especial;

b) a los pueblos en países independientes, considerados indígenas por el hecho de descender de poblaciones que habitaban en el país o en una región geográfica a la que pertenece el país en la época de la conquista o la colonización o del establecimiento de las actuales fronteras estatales y que, cualquiera que sea su situación jurídica, conservan todas sus propias instituciones sociales, económicas, culturales y políticas, o parte de ellas.

2. La conciencia de su identidad indígena o tribal deberá considerarse un criterio fundamental para determinar los grupos a los que se aplican las disposiciones del presente Convenio».

La amplia aceptación posterior de esta definición, notablemente por la Unión Europea¹⁴⁸, sin duda puede allanar el camino hacia un reconocimiento explícito del derecho a la autodeterminación de los pueblos indígenas.

3.4. La emersión de un Derecho Internacional consuetudinario sobre los pueblos indígenas

En las últimas cuatro décadas ha aparecido, en muy diversos foros, una tendencia detectable en la práctica internacional consistente en la adopción de textos y documentos sobre los pueblos indígenas que revelan la formación de un consenso en la comunidad internacional acerca de su estatuto jurídico.

El punto de arranque fue la Resolución 1589(L), del Consejo Económico y Social de Naciones Unidas (ECOSOC), de 21-V-1971, que autorizó a la Subcomisión de Prevención de Discriminaciones y Protección a las Minorías de la ONU a realizar un estudio acerca del «problema de la discriminación contra las poblaciones indígenas». El estudio, realizado

¹⁴⁸ En la Resolución del Parlamento Europeo, de 9-II-1994, sobre las medidas internacionales necesarias para una protección efectiva de los pueblos indígenas, en el párrafo A de su preámbulo se lee: «Considerando que la definición más comúnmente aceptada de la noción de pueblo indígena es la del Convenio núm. 169 de la OIT (...)\», añadiendo en el punto 1 de su parte dispositiva que el Parlamento Europeo «hace suya la definición de los pueblos indígenas adoptada por la OIT en su Convenio núm. 169, y considera que dicho Convenio, así como la llamada Declaración «Kari Oca» (Río, junio de 1992) y la Declaración de la Conferencia de las Naciones Unidas de Viena sobre los derechos de los pueblos indígenas (junio de 1993) constituyen los textos de referencia en la materia». Publicada en *DO C* 94, 13-V-1992, p. 268.

por el Relator especial *José Martínez Cobo*, fue la mejor compilación de datos realizada hasta la fecha a nivel mundial sobre los pueblos indígenas¹⁴⁹. Este estudio se convirtió inmediatamente en el texto de referencia en los trabajos posteriores de diversas reuniones y seminarios de expertos organizados por la ONU sobre los pueblos indígenas¹⁵⁰. Incluso la propia UNESCO convocó en 1981 una Conferencia de especialistas en Etnocidio y Etnodesarrollo en América latina, en la que calificó como «derecho inalienable de los grupos indios» la consolidación de su cultura propia y el ejercicio de la autodeterminación¹⁵¹.

En 1982, respondiendo en parte a la creciente cooperación internacional de los pueblos indígenas, articulada sobre todo a través de organizaciones internacionales no gubernamentales¹⁵², la Comisión de Derechos Humanos y el ECOSOC acordaron establecer un Grupo de Trabajo sobre las Poblaciones Indígenas¹⁵³. El mandato de este Grupo de Trabajo se ha

¹⁴⁹ Doc. NU E/CN.4/Sub.2/1986/7 y Adds. 1-4 (1986), Subcomisión de Prevención de Discriminaciones y Protección a las Minorías de la ONU, *Estudio del Problema de la Discriminación Contra las Poblaciones Indígenas*.

¹⁵⁰ Véanse, entre otros, los siguientes informes: doc. NU E/CN.4/1989/22, HR/PUB/89/5 (1989): *Informe del Seminario de las Naciones Unidas sobre los efectos del racismo y la discriminación racial en las relaciones sociales y económicas entre las poblaciones indígenas y Estados*; doc. NU E/CN.4/1992/42 (1991): *Informe de la Reunión de Expertos encargada de examinar la experiencia de los Países en la esfera de la aplicación de planes de autonomía interna a favor de las poblaciones indígenas*; doc. NU E/CN.4/Sub.2/1992/31 (1992): *Informe sobre la Conferencia técnica de las Naciones Unidas sobre la experiencia práctica en el logro de un desarrollo autónomo sostenible y ecológicamente idóneo para las poblaciones indígenas*; doc. NU E/CN.4/Sub.2/AC.4/1996/6/Add. 1, (1996): *Informe del Seminario de expertos sobre las experiencias prácticas en materia de derechos y reivindicaciones sobre tierras indígenas*; doc. NU E/CN.4/Sub.2/AC.4/1998/6 (1998): *Informe del Seminario de periodistas indígenas*; doc. NU E/CN.4/Sub.2/AC.4/1999/5 y Add. 1 (1999): *Informe del Seminario sobre la educación superior y los pueblos indígenas*; doc. NU E/CN.4/Sub.2/AC.5/2001/3 (2001): *Informe del Seminario sobre multiculturalismo en África: soluciones pacíficas y constructivas para las situaciones de las minorías y los pueblos indígenas*; doc. NU E/CN.4/Sub.2/AC.4/2003/3 (2002): *Informe del Seminario sobre los pueblos indígenas, las empresas dedicadas a la extracción de los recursos naturales, energéticos y minerales y los derechos humanos*; etc.

¹⁵¹ Declaración de San José sobre el Etnocidio y el Etnodesarrollo, *op. cit.*, párs. 2 y 3.

¹⁵² Tales como el *World Council of Indigenous Peoples* o el *International Indian Treaty Council*. Vide WILMER, F., *The Indigenous Voice in World Politics*, 1993; SANDERS, D., «The Legend of Deskaheh: Indigenous Peoples as International Actors». En: Cynthia Price Cohen (ed.), *Human Rights of Indigenous Peoples*, 1998, pp. 73 y ss.

¹⁵³ Resolución 1982/19, de 10-III-1982, de la Comisión de Derechos Humanos; Resolución 1982/34, de 7-V-1982, del ECOSOC.

ido ampliando progresivamente. Inicialmente, perseguía revisar los acontecimientos recientes relativos a los pueblos indígenas y promover el desarrollo de estándares internacionales en la materia. Posteriormente se amplió, para abarcar la realización de sendos estudios sobre los tratados, convenios y otros acuerdos celebrados entre los Estados y los pueblos indígenas y sobre la protección de la propiedad cultural e intelectual de los pueblos indígenas¹⁵⁴. Su tarea más importante resultó del mandato que le dirigió en 1985 la Subcomisión de Prevención de Discriminaciones y Protección a las Minorías de redactar un proyecto de declaración de derechos de las «poblaciones» indígenas que debería ser adoptado posteriormente por la Asamblea General de la ONU¹⁵⁵. Este proyecto de declaración universal sobre los derechos de las «pueblos» indígenas se ha ido gestando con la lentitud constructiva y de amplio consenso que caracteriza a la ONU¹⁵⁶. Pese a que todavía hoy persisten

¹⁵⁴ Decisión 1988/134, de 27-V-1988 y Decisión 1992/256, de 20-VII-1992, ambas del ECOSOC.

¹⁵⁵ Resolución 1985/22, de 29-VIII-1985, de la Subcomisión de Prevención de Discriminaciones y Protección a las Minorías.

¹⁵⁶ En 1988, la Presidenta del Grupo de Trabajo elaboró un primer Proyecto completo de declaración. Cfr. doc. NU E/CN.4/Sub.2/1988/25 (1988): *Declaración Universal sobre Derechos Indígenas: Conjunto de Proyectos de Principios y Párrafos del Preámbulo*. Tras recibir los comentarios de los Gobiernos y de los representantes de los pueblos indígenas, se revisó el Proyecto en 1989. Cfr. doc. NU E/CN.4/Sub.2/1989/33 (1989): *Primer Texto Revisado del Proyecto de Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas*. En 1993, el Grupo de Trabajo aprobó su revisión final del Proyecto de Declaración. Cfr. doc. NU E/CN.4/Sub.2/1993/29 (1993): *Informe del Grupo de Trabajo sobre Poblaciones Indígenas acerca de su 11.º período de sesiones*, figurando su Proyecto final en su Anexo 1. Tras someterlo a un examen técnico (doc. NU E/CN.4/Sub.2/1994/2 [1994]: *Examen Técnico del Proyecto de Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas*), la Subcomisión de Prevención de Discriminaciones y Protección a las Minorías, reunida en pleno, lo aprobó sin realizar ningún cambio y sometió el Proyecto de Declaración a la Comisión de Derechos Humanos. Cfr. Resolución 1994/45, de 26 VIII-1994, de la Subcomisión. El Proyecto se publicó en doc. NU E/CN.4/1995/2; doc. NU E/CN.4/Sub.2/1994/56 (1994): *Proyecto de Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas*. La Comisión de Derechos Humanos, mediante su Resolución 1995/32, de 3-III-1995, creó su propio grupo de trabajo *ad hoc* para examinar este Proyecto. Desde entonces, sus trabajos progresan a ritmo lento pero constante. Véanse doc. NU E/CN.4/1997/102 (10-XII-1996): *Informe del Grupo de Trabajo establecido de conformidad con la Resolución 1995/32*; doc. NU E/CN.4/2000/84 (1999): *Informe del Grupo de Trabajo establecido de conformidad con la Resolución 1995/32 de la Comisión de Derechos Humanos*; y doc. NU E/CN.4/2001/85 (2001): *Informe*

algunas diferencias de opinión entre los representantes indígenas y los representantes estatales en el seno del Grupo de Trabajo de la Comisión de Derechos Humanos, se puede considerar que ya se ha consolidado un importante consenso sobre los principios básicos que se contienen en el Proyecto de Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, que lo legitima como una expresión muy autorizada de las normas consuetudinarias sobre los pueblos indígenas basadas en principios generales de derechos humanos.

Las disposiciones del Proyecto de Declaración de Naciones Unidas superan con creces a las del Convenio núm. 169 de la OIT. Además de una afirmación explícita y categórica de su derecho a la libre determinación (art. 3), el Proyecto de Declaración formula una serie de derechos colectivos de los pueblos indígenas, tales como el derecho a conservar y reforzar sus propias características políticas, económicas, sociales y culturales, así como sus sistemas jurídicos, manteniendo a la vez sus derechos a participar plenamente, «si lo desean», en la vida política, económica, social y cultural del Estado (arts. 4, 8, 19 y 20). Les garantiza el derecho a no ser víctimas de genocidio o cualquier otro acto de violencia (art. 6), ni del etnocidio, es decir, de todo acto que tenga por objeto o consecuencia el privarlos de su integridad como pueblos distintos o de sus valores culturales o su identidad étnica, incluida la enajenación de sus tierras, el traslado forzoso de población, la asimilación e integración a otras culturas, la imposición de otros modos de vida o la propaganda contra ellos (art. 7). Los derechos que se garantizan a los pueblos indígenas como colectivo, y no sólo como individuos, incluyen el derecho a manifestar, practicar y enseñar sus costumbres y ceremonias espirituales y religiosas (art. 13.1); el derecho a mantener y proteger las manifestaciones de sus culturas, como los lugares y objetos arqueológicos e históricos (art. 12); el derecho a la restitución de los bienes culturales y religiosos de los que hayan sido privados sin su consentimiento previo e informado (art. 12), incluido el derecho a repatriar restos humanos indígenas (art. 13.1); así como el derecho a la protección de sus lugares sagrados, en particular de sus cementerios (art. 13.2). También expresa los derechos de utilizar y transmitir sus idiomas, tradiciones orales e historias (art. 14); así como el derecho a la educación en sus propios idiomas y a controlar sus propios sistemas educativos (art. 15). Se les reconoce el derecho a mantener y desarrollar sus propios sistemas

políticos, económicos y sociales (art. 21), así como a determinar y elaborar sus prioridades y estrategias para el ejercicio de su derecho al desarrollo (art. 23). Afirma igualmente el derecho a que los tratados celebrados por los pueblos indígenas con los Estados se reconozcan, observen y apliquen, y a que las controversias que se susciten sean sometidas a los órganos internacionales competentes (art. 36). Cabe destacar finalmente que el Proyecto de Declaración de la ONU reconoce a los pueblos indígenas el derecho a poseer, desarrollar, controlar y utilizar las tierras, territorios, aguas, mares costeros y otros recursos que tradicionalmente han poseído u ocupado o utilizado de otra forma, incluido el derecho a la restitución de las tierras confiscadas, ocupadas o utilizadas de otra forma sin su consentimiento libre e informado, con la posibilidad de recibir una indemnización justa y equitativa cuando la restitución no sea posible (arts. 25 a 27).

La OEA también ha llevado a cabo una iniciativa paralela consistente en elaborar una declaración americana sobre los derechos de los pueblos indígenas. En 1989, la Asamblea General de la OEA encargó a la CIDH «la adopción de un instrumento para la defensa de los derechos humanos de los pueblos indígenas»¹⁵⁷. Desarrollando este mandato, la CIDH, tras mantener amplias consultas con los Gobiernos y pueblos indígenas de toda América¹⁵⁸, elaboró un Proyecto de Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas¹⁵⁹. Después la Asamblea General de la OEA creó un Grupo de Trabajo *ad hoc*, como un órgano subsidiario del Comité sobre Asuntos Jurídicos y Políticos del Consejo Permanente y compuesto por representantes gubernamentales de los Estados miembros de la OEA, para discutir el Proyecto de Declaración aprobado por la

¹⁵⁷ Resolución 1.022 (XIX-0/89) de la Asamblea General. Vide doc. OEA/Ser.L/V/II.76, doc. 10 (1989): *Informe Anual 1988-1989 de la CIDH*, pp. 253-262.

¹⁵⁸ En el doc. OEA/Ser.L/V/II.83, doc. 14, corr. 1 (1993): *Informe Anual 1992-1993 de la CIDH*, pp. 263 y ss., se contiene el *Informe sobre la Primera Ronda de Consultas sobre el Futuro Instrumento Legal Interamericano sobre Derechos Indígenas*. El 21-IX-1995, bajo la Presidencia del Profesor *W. Michael Reisman* se distribuyó un primer borrador del Proyecto de Declaración (publicado en doc. OEA/Ser.L/V/II.90, doc. 9, rev. 1: *Proyecto de una Declaración Interamericana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas*). Vide KREIMER, O., «The Beginnings of the Inter-American Declaration on the Rights of Indigenous Peoples», *St. Thomas Law Review*, 9, 1996, pp. 271 y ss.

¹⁵⁹ La CIDH aprobó su Proyecto de Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas el 26-II-1997, en su 59 período ordinario de sesiones. Cfr. doc. OEA/Ser.L/V/II.95, doc. 7 rev. (14-III-1997): *Informe Anual 1996-1997 de la CIDH*.

CIDH¹⁶⁰. De la actividad de este Grupo de Trabajo, que ha mantenido un amplio contacto con los pueblos indígenas americanos¹⁶¹, está también surgiendo un amplio consenso sobre el contenido de los derechos de los pueblos indígenas americanos.

Resulta interesante comparar el Proyecto de 1997 de la Declaración Americana con el Proyecto de 1993 de la Declaración de la ONU. Por un lado, el Proyecto de Declaración de la OEA define su ámbito subjetivo de aplicación sin especificar el significado de la expresión «pueblos indígenas». Este Proyecto de Declaración se aplica a los pueblos indígenas, así como a los pueblos cuyas condiciones sociales, culturales y económicas los distinguen de otras secciones de la comunidad nacional, y cuyo estatus jurídico está regulado en todo o en parte por sus propias costumbres o tradiciones o por leyes especiales (art. I.1), siendo la autoidentificación como indígena el criterio fundamental para determinar los pueblos a los que se aplicará esta Declaración (art. I.2). El Preámbulo afirma que «los pueblos indígenas de las Américas constituyen un segmento organizado, distintivo e integral de su población y tienen derecho a ser parte de la identidad nacional de los países» en los que habitan (pár. 1), pero su texto articulado excluye cualquier concepción del derecho a la autodeterminación que pueda implicar una opción «exterior» de tipo separatista o secesionista¹⁶².

Por otro lado, el Proyecto de Declaración de la OEA expresamente afirma que «los pueblos indígenas son sujetos del Derecho Internacional» (Preámbulo, pár. 7). Su derecho a la autonomía o autogobierno «interno» (art. XV), la formulación y aplicación del Derecho indígena (art. XVI) y la autoidentificación como indígenas (arts. I.3, III y IV) resultan permitidas y ampliamente promovidas, al tiempo que se prohíbe expresamente la asimilación forzosa (art. V). El Proyecto parte de reconocer

¹⁶⁰ Resolución 1610 (XXIX-0/99) de la Asamblea General de la OEA.

¹⁶¹ Vide doc. OEA/Ser.K/XVI, GT/DADIN/doc.23/01 rev. 1 (2001): *Sesión Especial del Grupo de Trabajo encargado de elaborar el Proyecto de la Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, 2 a 6-IV-2001, Washington D.C., Informe del Presidente* y doc. OEA/Ser.K/XVII, GT/DADIN/Doc.83/02 (2002): *Sesión Especial del Grupo de Trabajo encargado de elaborar el Proyecto de la Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, 11 a 15-III-2002, Washington D.C., Informe del Relator*.

¹⁶² Su art. I.3 afirma que: «La utilización del término «pueblos» en esta Declaración no deberá interpretarse en el sentido de que tenga implicación alguna en lo que atañe a otros derechos que puedan atribuirse a este término en el Derecho Internacional». A mayor abundamiento, su art. XXV dispone que: «Nada en esta Declaración implica otorgar derecho alguno a ignorar las fronteras de los Estados».

«el severo empobrecimiento que sufren los pueblos indígenas (...) y que sus condiciones de vida llegan a ser deplorables» (Preámbulo, párr. 2), afirmando frente a ello no sólo su derecho al desarrollo, sino también el derecho de los pueblos indígenas a decidir democráticamente los valores, objetivos, prioridades y estrategias de su desarrollo, aún cuando éstos puedan ser distintos a los de su Estado nacional (art. XXI). Reconoce el carácter cuasi sagrado que el medio ambiente tiene para los pueblos indígenas, afirmando que su respeto se debe promover mediante la cultura indígena y la ecología (Preámbulo, párr. 3). A su vez, a los pueblos indígenas les garantiza el derecho a un medio ambiente seguro y sano, prohibiéndose la introducción o depósito en el mismo de materiales o residuos radioactivos y otros residuos tóxicos, así como la producción, introducción, tránsito, posesión o uso de armas químicas, biológicas o nucleares en áreas indígenas (art. XIII.6). La educación se llevará a cabo, si así lo desean, por los propios pueblos indígenas, en lenguas indígenas e incorporarán contenidos indígenas (art. IX). Se reconocen legalmente las modalidades tradicionales de los pueblos indígenas acerca de la posesión, dominio y disfrute de territorios y propiedad, y las propiedades utilizadas por los indígenas deberían, en principio, devolverse, debiendo los Estados dar máxima prioridad a la demarcación y reconocimiento de las propiedades y áreas de uso indígena (art. XVIII).

El Proyecto de Declaración de la OEA ordena a los Estados frenar, con medidas de todo tipo, la intrusión ilegal en las tierras indígenas de mineros o granjeros para arrogarse la posesión o el uso de las mismas (art. XVIII.8). Expresa que el racismo y los abusos o las violaciones de los derechos de los pueblos indígenas por las fuerzas de seguridad deben terminarse (Preámbulo, párr. 6). También reconoce los derechos que sólo pueden disfrutarse cuando se ejercen colectivamente (Preámbulo, párr. 8), incluyendo la práctica de sus creencias espirituales y el uso de idiomas indígenas. Insiste con fuerza en el reconocimiento de los derechos de propiedad intelectual a favor de los pueblos indígenas (art. XX). También afirma el derecho de los pueblos indígenas al reconocimiento, observancia y aplicación de los tratados, convenios y otros arreglos concluidos con los Estados o sus sucesores (art. XXII), si bien matiza que los conflictos y disputas que puedan surgir al interpretarlos y aplicarlos «serán sometidos a órganos competentes», sin especificar si éstos serán órganos internos o internacionales.

Otros acontecimientos normativos internacionales, tanto de ámbito mundial como regional, confirman la emergencia de un amplio consenso en la comunidad internacional sobre el estatuto jurídico de los pueblos

indígenas. Así, en el ámbito mundial cabe recordar que el artículo 30 de la Convención sobre los derechos del niño insiste en la necesidad de proteger los derechos culturales, religiosos y lingüísticos de los niños indígenas¹⁶³. También el Banco Mundial ha demostrado una sensibilidad creciente hacia los pueblos indígenas, pues si a principios de 1982 sólo le preocupaban los posibles efectos colaterales y concretos de los proyectos de desarrollo que financiaba sobre los territorios de los «pueblos tribales», a partir de su Directiva Operacional 4.20, adoptada el 17-IX-1991, el objetivo general del Banco Mundial hacia los pueblos indígenas «es asegurarse que el proceso de desarrollo promueva el respeto hacia su dignidad, derechos humanos y singularidad cultural» (p. 6) y su estrategia para tratar los asuntos referidos a los pueblos indígenas se debe basar en la «participación informada» de los propios pueblos indígenas (p. 8)¹⁶⁴. Un hito importante supuso la celebración de la Conferencia de Naciones Unidas sobre Medio Ambiente y Desarrollo en 1992. La Declaración de Río de Janeiro y el programa de acción sobre el medio ambiente, conocido como Programa 21, especialmente su Capítulo 26, enumeran derechos de los pueblos indígenas en el marco de la ecología global y el desarrollo sostenible¹⁶⁵. En esta Conferencia también se adoptó el Convenio sobre la diversidad biológica (Río de Janeiro, 5-VI-1992)¹⁶⁶, que reconoce el valor del conocimiento tradicional indígena en relación con su conservación, desarrollo sostenible y regímenes de propiedad intelectual (art. 8.j). Además, desde entonces las conferencias internacionales convocadas por la ONU en sus resoluciones finales han incluido siempre disposiciones específicas sobre los pueblos indígenas que contribuyen a la gestación, al tiempo que han sido medio de expresión, del consenso emergente sobre el estatuto jurídico de estos pueblos¹⁶⁷.

¹⁶³ Véase THORNBERRY, P., *Indigenous Peoples and Human Rights*, 2002, pp. 225-241.

¹⁶⁴ El texto de la Directiva Operacional 4.20 del Banco Mundial puede consultarse en: <http://www.worldbank.org/html/fpd/em/power/wbpolicy/4200D.stm>.

¹⁶⁵ Los textos de la Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo y del Programa 21 están reproducidos en los Anexos 1 y 2 de NU doc. A/CONF.151/26 (1992): *Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo, Río de Janeiro, 13-VI-1992*.

¹⁶⁶ Publicado en el *BOE* de 1-II-1994; entró en vigor de forma general y para España el 29-XII-1993.

¹⁶⁷ Véanse NU doc. A/CONF.157/23 (1993): *Declaración y Programa de Acción de Viena, adoptados por la Conferencia Mundial de Derechos Humanos (Viena, 14 a 25-VI-1993)*, párs. 20 y 28-32; NU doc. ST/ESA/Ser.A/149 (1994): *Población y Desarrollo: Programa de Acción de la Conferencia Internacional sobre la*

Entre los acontecimientos normativos internacionales de ámbito regional con relevancia para los pueblos indígenas cabe destacar que, en el continente americano, el 7-III-1989 los Estados Partes del Tratado de Cooperación Amazónica crearon una Comisión Especial de Asuntos Indígenas para lograr su participación efectiva especialmente con relación a los programas de desarrollo. Durante la Segunda Cumbre Iberoamericana de Jefes de Estado y de Gobierno se adoptó el Convenio constitutivo del Fondo para el Desarrollo de los Pueblos Indígenas de América Latina y el Caribe (Madrid, 24-VII-1992)¹⁶⁸. El 19-II-1997, la Conferencia de Jefes de Gobierno de la Comunidad Caribeña (CARICOM) aprobó la «Carta de la Sociedad Civil para la Comunidad Caribeña», en la que los Estados caribeños «reconocen la contribución de los pueblos indígenas al desarrollo y se comprometen a proteger sus derechos históricos (...), cultura y modo de vida». También la OEA en 2001 aprobó la «Carta Democrática Interamericana», en la que se vincula la promoción de los derechos de los pueblos indígenas al fortalecimiento de la democracia¹⁶⁹. En el continente africano cobra una especial importancia el que, el 6-XI-2000, la Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos estableciera un Grupo de Trabajo sobre «los derechos de las

Población y el Desarrollo (El Cairo, 5 a 13-IX-1994), párs. 6.21-6.27; NU doc. A/CONF.166/9 (1995): *Informe de la Cumbre Mundial y Programa de Acción sobre el Desarrollo Social de la Cumbre Mundial sobre el Desarrollo Social (Copenhague, 6 a 12-III-1995)*, especialmente la *Declaración de Copenhague sobre Desarrollo Social*, cap. 1, Res. 1, Anexo I, párs. 26.m) y 29, compromisos 5.b), 4.f) y 6.g); así como el *Programa de Acción de la Cumbre sobre Desarrollo Social*, ibíd., Anexo II, párs. 12.i), 19, 26.m), 32.f) y h), 35.e), 38.g), 54.c), 61, 67, 74.h) y 75.g); NU doc. E/CN.4/Sub.2/AC.4/1996/5/Add. 1 (1996): *Informe de la IV Conferencia Mundial sobre la Mujer (Beijing, 4 a 15-IX-1996)*, especialmente la *Declaración de Beijing*, cap. 1, Res. 1, Anexo I, párs. 32; así como la *Plataforma de Acción*, ibíd., Anexo II, párs. 8, 32, 34, 58.q), 60.a), 61.c), 83.m), n) y o), 89, 106.c) e y), 109.b) y j), 116, 167.c) y 175.f); NU doc. A/CONF.189/12 (2002): *Informe de la Conferencia Mundial contra el Racismo, la Discriminación Racial y Formas Conexas de Intolerancia (Durban, Sudáfrica, 31-VIII al 8-IX-2001)*, especialmente la *Declaración de Durban*, cap. 1, preámbulo, párs. 13, 14, 22-24, 39-45, 73 y 103; así como el *Programa de Acción*, ibíd., párs. 15-23, 78.j) y 203-209; NU doc. A/CONF.199/20 (2002): *Informe de la Cumbre Mundial sobre el Desarrollo Sostenible*, especialmente su *Declaración Política*, cap. 1, Res. 1, párs. 25; así como el *Plan de Aplicación de la Cumbre sobre Desarrollo Sostenible*, ibíd., Res. 2, párs. 7.e), g) y h), 37.f), 38.i), 40.d) y r), 42.e), 43.b), etc.

¹⁶⁸ En vigor desde el 4-VIII-1993. El Fondo pretende que los representantes de organizaciones indígenas de América Latina y el Caribe participen en la adopción de decisiones sobre sus necesidades de desarrollo.

¹⁶⁹ OEA doc. AG/Doc.8 (XXVIII-E/01): *Carta Democrática Interamericana*, aprobada por la Asamblea General de la OEA (Lima, 11-IX-2001).

comunidades indígenas o étnicas en África»¹⁷⁰. También las antiguas potencias coloniales han contribuido a la emersión de un consenso mundial sobre el estatuto jurídico de los pueblos indígenas. En una Resolución sobre la situación de los indios, adoptada en 1989, el Parlamento Europeo expresó su preocupación por las condiciones a las que se enfrentan los pueblos indígenas y reclamó a los gobiernos que garantizaran sus derechos sobre las tierras indígenas y que consultasen a los grupos indígenas para desarrollar medidas concretas para la protección de sus derechos. Desde entonces, la actividad de las instituciones de la Unión Europea a favor de los pueblos indígenas no han hecho más que crecer¹⁷¹. También la Organización para la Seguridad y la Cooperación en Europa (OSCE) adoptó en 1992 un documento que

¹⁷⁰ AFRICAN COMMISSION ON HUMAN AND PEOPLES' RIGHTS, *Recommendations and Resolutions*, 2002, p. 67. El Grupo de Trabajo tiene como mandato examinar el concepto de indígena en África, así como estudiar las implicaciones de la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos para las comunidades indígenas.

¹⁷¹ El 9-II-1994 el Parlamento Europeo adoptó una nueva *Resolución sobre las medidas internacionales necesarias para una protección efectiva de los pueblos indígenas*, doc. cit., en la que afirmó que los pueblos indígenas tienen «derecho a ser dueños de su propio destino, eligiendo sus instituciones, su estatuto político y el de su territorio». La Comisión Europea aprobó el doc. SEC (98) 773 final (11-V-1998): *Documento de trabajo de la Comisión, de mayo de 1998, sobre el apoyo a los pueblos indígenas de la cooperación al desarrollo de la Comunidad y los Estados miembros*, en el que anunciaba una serie de programas de desarrollo para los pueblos indígenas basados en su plena participación y su consentimiento informado. El Consejo Europeo también adoptó la *Resolución 13.461/98, de 30-XI-1998, sobre los pueblos indígenas en el marco de la cooperación al desarrollo de la Comunidad y los Estados miembros*, en la que reconoció los derechos de los pueblos indígenas, incluido el derecho al autodesarrollo, y recomendó que se les prestase una atención específica en las normas europeas sobre cooperación al desarrollo. Desde 1999, los derechos de los pueblos indígenas se han convertido en una prioridad temática de la «Iniciativa Europea para la Democracia y los Derechos Humanos. Véase el Reglamento (CE) núm. 975/1999, de 29-IV-1999, del Consejo, por el que se fijan los requisitos para la aplicación de las acciones comunitarias de cooperación al desarrollo que contribuyan a alcanzar el objetivo general de desarrollar y consolidar la democracia y el estado de derecho, así como el de respetar los derechos humanos y las libertades fundamentales, DOCE L 120, pp. 1-8; así como el Reglamento (CE) núm. 976/1999, de 29-IV-1999, del Consejo, por el que se fijan los requisitos para la aplicación de las acciones comunitarias, distintas de las de cooperación al desarrollo que, dentro del marco de la política de cooperación comunitaria, contribuyan a alcanzar el objetivo general de desarrollar y consolidar la democracia y el estado de derecho, así como respetar los derechos humanos y las libertades fundamentales en los terceros países, DOCE L 120, pp. 8-14.

incluye una disposición «sobre las personas pertenecientes a poblaciones indígenas, que pueden tener especiales dificultades en el ejercicio de sus derechos»¹⁷².

4. CONSIDERACIONES FINALES

El examen realizado del Derecho comparado demuestra que, pese a que persistan algunas diferencias en los contextos locales, se puede concluir afirmando la existencia de importantes semejanzas y tendencias comunes en el estatuto jurídico que los ordenamientos jurídicos nacionales prevén para los pueblos indígenas.

Las comunidades indígenas todavía ocupan el estrato socio-económico más bajo en los países en los que residen. Su supervivencia física y espiritual está amenazada por la invasión exterior de sus hábitat naturales. Invasión que suele ser privada, aunque en ocasiones también es resultado de la acción pública. Existe, sin embargo, una tendencia claramente discernible hacia el reconocimiento jurídico del especial vínculo espiritual que une a los pueblos indígenas con sus territorios, su demarcación y su garantía jurídica que, con frecuencia, incluye la devolución de tierras de usos tradicionalmente indígenas y el reconocimiento de un título nativo que confiera como mínimo el derecho a usar los recursos naturales en sus tradicionales modos comunales.

Los Estados-naciones son reacios a conceder la opción de la independencia política, el derecho a la secesión, a los pueblos indígenas que habitan en sus territorios. Aunque en ocasiones se ha proclamado una política de relaciones «de gobierno a gobierno» entre las tribus indias y los Estados-naciones establecidos, los Gobiernos de los Estados-naciones no han ido tan lejos como para aceptar a las comunidades indígenas como sus iguales en soberanía. Pese a ello, se les ha concedido un grado de autonomía importante, con tendencia a aumentar, en los procesos de toma de decisiones en los asuntos indígenas internos. Este reconocimiento de autogobierno, aunque limitado, abarca entre otros los asuntos de pertenencia a la comunidad indígena, las estructuras y los procesos de autoridad y de control, así como las manifestaciones culturales y espirituales.

En la medida en que es posible, cada vez se respetan más los tratados indios concluidos en el remoto pasado, al tiempo que se están explorando y aplicando nuevos mecanismos de celebración de tratados, por ejemplo,

¹⁷² Documento de Helsinki de 1992 - El Desafío del Cambio, 10-VII-1992, pág. 6.29.

a través de comisiones paritarias. Pese a la pervivencia de algunos problemas marginales, los avances conseguidos parecen hacer imposible el regreso a las políticas nacionales de asimilación y terminación.

Las amplias expectativas que se han generado sobre el estatuto jurídico de los pueblos indígenas en el Derecho Internacional se están construyendo sobre esta práctica estatal consolidada. El Convenio núm. 169 de la OIT y su política emancipatoria ya se aplican a una gran mayoría de pueblos indígenas a lo largo y ancho de todo el mundo. Tanto en el ámbito universal como en el regional se están finalizando sendas declaraciones sobre los derechos y el estatuto jurídico de los pueblos indígenas. Junto con la amplia práctica de los Estados especialmente afectados por la existencia de estos pueblos indígenas, estos esfuerzos normativos internacionales sí que proporcionan la necesaria *opinio iuris* para la identificación de normas específicas del Derecho Internacional consuetudinario relativo a los pueblos indígenas.

Estas normas consuetudinarias internacionales abarcan como mínimo las siguientes. En primer lugar, los pueblos indígenas tienen derecho a mantener y desarrollar su identidad cultural distintiva, sus religiones y creencias, sus lugares y objetos sagrados, sus idiomas y sus modos de vida tradicionales. En segundo lugar, como cualquier otro pueblo, los pueblos indígenas son titulares del derecho a la autodeterminación social, económica y política, incluido un amplio grado de autonomía, así como el mantenimiento y reforzamiento de sus propios sistemas de justicia. En tercer lugar, los pueblos indígenas tienen el derecho a la demarcación, propiedad, desarrollo, control y utilización de las tierras que tradicionalmente les han pertenecido o que han ocupado y utilizado de otra manera. En cuarto y último lugar, los gobiernos de los Estados en los que habitan tienen la obligación de honrar y observar de buena fe los tratados celebrados con los pueblos indígenas. Las proyectadas declaraciones sobre sus derechos que lentamente están emergiendo en la ONU y en la OEA no han encontrado prácticamente ninguna oposición gubernamental en estos temas. Respecto de estas reclamaciones, ha emergido un consenso internacional que se ha traducido, pese a algunas imperfecciones menores, en una práctica estatal muy amplia y virtualmente uniforme.

Estas disposiciones convencionales y consuetudinarias de Derecho Internacional, como cualquier otra norma jurídica internacional, son potencialmente invocables ante los organismos internacionales competentes, tales como la CIDH o el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas. Dado que los pueblos indígenas carecen de la cualidad

formal de la estatalidad, no tienen derecho de acceso en los procedimientos contenciosos ante la Corte Internacional de Justicia, aunque sí se les ha reconocido tal *ius standi* ante la Corte Permanente de Arbitraje¹⁷³. Aún así, la Corte Internacional de Justicia debería tener en cuenta sus legítimas aspiraciones para garantizar que sus intereses jurídicos resultan protegidos en cualquier asunto que les pudiera afectar. Conviene, en todo caso, destacar que la iniciativa que el Grupo de Trabajo de la ONU planteó en 1996 acerca de crear en la propia estructura orgánica de la ONU un órgano denominado «Foro permanente para los pueblos indígenas», sigue viva y en tramitación. Este «Foro permanente», cuya composición será paritaria entre representantes indígenas y gubernamentales, tendrá competencia para abordar reclamaciones sobre violaciones de tratados celebrados con los pueblos indígenas o de cualesquiera otros de sus derechos. Parece, en todo caso, una buena iniciativa para que la ONU honre a su nombre y no sea sólo la organización de las naciones que revisten la condición de Estado.

Todo ello revela que los pueblos indígenas ya han adquirido la condición de nuevos sujetos del Derecho Internacional, aún cuando no tengan naturaleza estatal. En definitiva no es otra la jurisprudencia de la Corte Internacional de Justicia sobre este tema, al afirmar que los sujetos de un ordenamiento jurídico no son necesariamente idénticos ni en su naturaleza ni en el alcance de los derechos que disfrutan.

¹⁷³ Véase, a título de ejemplo, el laudo arbitral de 5-II-2001 de la Corte Permanente de Arbitraje en el asunto *Larsen v. Hawaiian Kingdom*.