

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL ECUADOR
FACULTAD DE JURISPRUDENCIA

DISERTACIÓN PREVIA A LA OBTENCIÓN DEL TÍTULO DE LICENCIADO EN
JURISPRUDENCIA

“LA FACULTAD DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS DE SUSCRIBIR TRATADOS
INTERNACIONALES CON LOS ESTADOS DE LOS QUE SON PARTE”

PABLO ALEJANDRO CAMPAÑA CARRERA

DIRECTOR: DR. ÍÑIGO SALVADOR CRESPO

QUITO, 2011

A mi mamá, Ximena, a mi novia, Juana y
a mi hermana Soledad, con amor.

A mi padre, quién me enseñó a admirar
a los pueblos indígenas y me acompaña
en su ausencia .

No hace mucho tiempo, la tierra estaba poblada por dos mil millones de habitantes, es decir, quinientos millones de hombres y mil quinientos millones de indígenas. Los primeros disponían del Verbo, los otros lo tomaban prestado.

Jean Paul Sartre

*Es un deber de la disciplina del derecho internacional el contribuir a repensar la sociedad internacional y su sistema jurídico y el proveer alternativas para un futuro común. [...]
Tenemos que estar concientes que la visión o concepción dominante que recibimos era en realidad una de varias alternativas.*

Nijman Janne

CONTENIDO

Introducción	1
Capítulo 1	
Los pueblos indígenas como sujetos de derecho internacional	3
1. El individuo como sujeto del derecho internacional	3
1.1 Doctrinas sobre el individuo como sujeto del derecho internacional	3
1.2 Gradualidad del reconocimiento del individuo como sujeto del derecho internacional	6
2. Los pueblos indígenas como sujeto del derecho internacional	12
2.1 El derecho internacional ante la conquista de los pueblos indígenas de América	12
2.2 Período de la desaparición de los pueblos indígenas como sujetos del derecho internacional	15
2.3 Positivismo jurídico en el derecho internacional de finales del siglo XIX e inicios del XX	18
3. Emergencia contemporánea de los pueblos indígenas como sujetos del derecho internacional	20
3.1 El concepto de personalidad jurídica internacional contemporáneo	20
3.2 Normas internacionales que reconocen derechos a los pueblos indígenas	22
2.3.3 Mecanismos de exigibilidad de derechos de los pueblos indígenas	27
Capítulo 2	
Bilateralidad en las relaciones entre Estado y pueblos indígenas: el	

consentimiento previo, libre e informado y la suscripción de tratados y acuerdos	34
1. El paradigma garantista en el derecho internacional	34
2. El valor jurídico de la Declaración de Naciones Unidas	36
3. El principio de autodeterminación y los pueblos indígenas	42
3.1 El principio general de la autodeterminación de los pueblos y las reglas del principio	44
3.1.1 El principio aplicado a situación de colonización	45
3.1.2 El principio aplicado a la situación de ocupación militar	46
3.1.3 El principio aplicado a regímenes que discriminan por razón de raza o credo	46
3.1.4 Obligaciones <i>erga omnes</i> y de <i>jus cogens</i>	47
4. Las reglas del principio de autodeterminación aplicado a los pueblos indígenas	47
4.1 Reglas para el ejercicio de la autodeterminación de los pueblos indígenas	49
5. Relación de bilateralidad entre Estado y pueblos indígenas: consentimiento previo, libre e informado y la suscripción tratados y acuerdos.	51
5.1 El consentimiento previo, libre e informado	54
5.2 La facultad de los pueblos indígenas a suscribir tratados y acuerdos	60
Conclusiones Preliminares	63

Capítulo 3

Los asuntos que deben regular los tratados y acuerdos entre Estados y pueblos indígenas, así como el mecanismo para garantizarlos	65
1. La sobreposición de derechos para definir el contenido de los tratados entre Estados y pueblos indígenas	67

2. Mecanismo combinado de resolución de conflictos que surjan de los tratados entre Estados y pueblos indígenas	70
2.1 Un mecanismo internacional	71
2.2 La obligación general de resolución pacífica de conflictos	74
2.3 Procedimiento combinado de conciliación y arreglo judicial	76
2.3.1 Conciliación	77
2.3.2 Solución Judicial	82
2.4 Sede institucional de los procedimientos	85
2.4.1 Organización de Estados Americanos	87
2.4.2 Unión de Naciones Sudamericanas	88
2.4.3 Foro de Naciones Unidas Para Cuestiones Indígenas	90
Conclusiones Preliminares	92
CONCLUSIONES	95
BIBLIOGRAFÍA	101
ANEXO	
Declaración de Naciones Unidas Sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas	109

PRINCIPALES ABREVIATURAS

Organización de Estados Americanos	OEA
Organización de Naciones Unidas	ONU
Asamblea General de Naciones Unidas	AGNU
Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos	PIDCP
Organización Internacional del Trabajo	OIT
Corte Internacional de Justicia	CIJ
Declaración de Naciones Unidas Sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas	DNUDPI
Unión de Naciones Sudamericanas	UNASUR

RESUMEN

La presente disertación analiza si es jurídicamente posible que los pueblos indígenas puedan suscribir tratados de carácter internacional con los Estados a los que pertenecen. El estudio parte analizando el estatus de los pueblos indígenas en el derecho internacional, para lo cual realiza una retrospectiva histórica del status que han tenido para esta disciplina y cuál es el estatus que tienen actualmente. Posteriormente, se analiza si entre los derechos que reconoce contemporáneamente el derecho internacional a los pueblos indígenas está el de suscribir tratados con los Estados de los que son parte. Con este fin analiza el valor jurídico del principal instrumento internacional sobre derechos de los pueblos indígenas: la Declaración de Naciones Unidas Sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas. Seguidamente, interpreta el artículo que permite a los pueblos indígenas suscribir tratados internacionales con los Estados en el marco del derecho a la libre determinación que también está reconocido en el instrumento. En el último capítulo, analiza sobre qué materias deberían versar los tratados entre Estados y pueblos indígenas, y finalmente, propone un mecanismo internacional de resolución de conflictos permitiría garantizar dichos tratados.

RESUMEN

La presente disertación analiza si es jurídicamente posible que los pueblos indígenas puedan suscribir tratados de carácter internacional con los Estados a los que pertenecen. El estudio parte analizando el estatus de los pueblos indígenas en el derecho internacional, para lo cual realiza una retrospectiva histórica del status que han tenido para esta disciplina y cuál es el estatus que tienen actualmente. Posteriormente, se analiza si entre los derechos que reconoce contemporáneamente el derecho internacional a los pueblos indígenas está el de suscribir tratados con los Estados de los que son parte. Con este fin analiza el valor jurídico del principal instrumento internacional sobre derechos de los pueblos indígenas: la Declaración de Naciones Unidas Sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas. Seguidamente, interpreta el artículo que permite a los pueblos indígenas suscribir tratados internacionales con los Estados en el marco del derecho a la libre determinación que también está reconocido en el instrumento. En el último capítulo, analiza sobre qué materias deberían versar los tratados entre Estados y pueblos indígenas, y finalmente, propone un mecanismo internacional de resolución de conflictos permitiría garantizar dichos tratados.

INTRODUCCIÓN

La dureza de la historia de los pueblos indígenas siempre ha sobrepasado la capacidad explicativa del derecho. Los procesos de conquista, de colonización y explotación estatal de los pueblos indígenas siempre han tenido una justificación jurídica que los respalde. Contemporáneamente el derecho al desarrollo y la soberanía territorial parecen ser las justificaciones jurídicas que respaldan la penetración en sus limitados territorios. Nuevamente la capacidad explicativa del derecho parece ser sobrepasada por la dureza de la lenta desaparición de los pueblos indígenas.

Mientras estudiaba, en el año 2007, la Asamblea General de Naciones Unidas, aprobó un texto que había sido discutido durante 22 años entre miembros de organizaciones indígenas y delegados de los Estados: la Declaración de Naciones Unidas Sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas. A través de esta Declaración, el derecho internacional reconoce el derecho a la libre determinación de los pueblos indígenas y la facultad de los pueblos indígenas de suscribir tratados o acuerdos de carácter internacional con los Estados, entre otros importantes derechos.

Estos reconocimientos de la Declaración hacen recuperar al derecho su capacidad explicativa de lo que ha sucedido en el pasado con los pueblos indígenas. El derecho, a través de sus normas, se reconcilia con la historia de los pueblos indígenas. De entre todas

las normas de la Declaración, me parece especialmente relevante la posibilidad de que se llegue a tratados o acuerdos internacionales entre Estados y pueblos indígenas porque la esencia bilateral de un acuerdo reflejan el carácter igualitario con que esta norma del derecho internacional mira a los pueblos indígenas. Para que esta facultad de los pueblos indígenas se impregne en la práctica y sea posible en la estructura de los Estados, es necesario profundizar sobre su justificación, sentido e implicaciones.

Esta disertación parte de la teoría garantista del derecho. Según este enfoque, la función de la ciencia del derecho es primero determinar si una norma reconoce un derecho fundamental y si es vinculante para los Estados, y además tiene por encargo el diseño nuevas técnicas de garantía de los derechos que la norma consagre. Es decir, que en virtud del enfoque garantista, no solamente se debe analizar si los pueblos indígenas tienen el derecho de suscribir tratados con los Estados, sino que además, se debe proponer un mecanismo de garantía de esos tratados.

En ese contexto, en el primer capítulo de esta disertación se determina que posición tienen actualmente los pueblos indígenas en el derecho internacional. En el segundo capítulo se establece si, tras la adopción de la Declaración, si los pueblos indígenas tienen derecho a suscribir tratados con los Estados. En el capítulo final determino que materias deberían regularse a través en dichos tratados y finalmente propongo un mecanismo de resolución de conflictos en caso de que surjan discrepancias sobre el cumplimiento de las obligaciones entre las partes.

CAPITULO 1

Los pueblos indígenas como sujetos de derecho internacional

Plantear que los pueblos indígenas son relevantes para el derecho internacional, y más aún, que pueden tener la facultad de suscribir de tratados internacionales, exige explicaciones que espero desarrollar en este primer capítulo.

El primer paso debe ser fundamentar por qué los pueblos indígenas son sujetos del derecho internacional, para lo cual en el presente capítulo me referiré primero al reconocimiento del individuo como sujeto del derecho internacional, en razón de que el enfoque que ha tenido el derecho internacional respecto al individuo es similar al enfoque que tiene esta disciplina respecto a los pueblos indígenas: el reconocimiento internacional del individuo, fue impulsado por la misma ideología que reconoce internacionalmente a los pueblos indígenas, por lo que considero pertinente tratar conjuntamente ambos temas. En segundo lugar, en este capítulo trataré explícitamente el reconocimiento de los pueblos indígenas como sujetos del derecho internacional.

1. El individuo como sujeto del derecho internacional

Como señalaba anteriormente, en primer lugar voy a tratar la regulación del individuo en el derecho internacional porque su comprensión hace más fácil adentrarse

en el asunto del estatus de los pueblos indígenas en el derecho internacional en razón de que el reconocimiento de ambos en la escena internacional se da por una misma ideología.

1.1 Doctrinas sobre el individuo como sujeto del derecho internacional

En el siguiente apartado nos referiremos a cómo el derecho internacional trató a los individuos desde su inicial configuración como disciplina jurídica hasta la segunda mitad del siglo XX.

En los inicios del derecho internacional, Francisco de Vitoria estableció algunas tesis que servirían como bases para los desarrollos modernos de esta disciplina¹. Uno de los principales planteamientos de Vitoria en el siglo XVI fue que existía un orden mundial que consistía en una sociedad de *republicae* o de Estados soberanos, igualmente libres e independientes, subordinados a un derecho de gentes², el mismo que “reglamenta una comunidad internacional (totus orbis) constituida de seres humanos organizados socialmente en Estados y coextensiva con la propia humanidad”³. Dicha concepción fue compartida por Francisco Suárez, que en el siglo XVII avanzaba que el derecho de gentes revela la unidad y universalidad del género humano, por lo que reglamenta a los Estados en sus relaciones como miembros de la comunidad universal⁴. En ese mismo siglo Hugo Grocio, en *De Jure Belli ac Pacis* de 1625, “sostenía que la *societas gentium* abarca toda la humanidad, y la comunidad internacional no puede pretender basarse en la *voluntas* de cada Estado individualmente; los seres humanos — ocupando posición central en las relaciones internacionales— tienen derechos *vis-à-vis* al Estado soberano, que no puede exigir obediencia de sus ciudadanos de forma absoluta (imperativo del bien común), pues la llamada “razón de Estado” tiene límites, y no puede prescindir del derecho”⁵. Las anteriores tesis demuestran que en los inicios del derecho internacional, los publicistas sostuvieron que existen determinados límites a la

¹ Francisco de Vitoria. *Sobre el poder civil, Sobre los indios, Sobre el derecho de la guerra*. Estudio preliminar, traducción y notas de Luís Frayle Delgado, Editorial Tecnos, Colección Clásicos del Pensamiento, Madrid, 1998.

² Luigi Ferrajoli. *Garantismo, Una discusión sobre derecho y democracia*. Editorial Trotta, Traducción de Andrea Greppi, Madrid, 2006. p. 128.

³ Antonio Cançado Trindade. “La persona humana como sujeto del derecho internacional: avances de su capacidad jurídica internacional en la primera década del siglo XXI”. *Revista del Instituto Interamericano de Derechos Humanos*, Vol. 46, 2007, p. 269-325, p. 273

⁴ *Ibíd.*

⁵ *Ibíd.*

voluntad del Estado, en función de un orden universal, tanto respecto a la humanidad y a los otros Estados, como respecto a las relaciones con sus individuos, por lo que este último –el individuo- se refleja como un sujeto distinto al Estado, un sujeto que el saber ius internacionalista de la época presenta al Estado como límite de su autoridad.

No obstante, como lo indicara Luigi Ferrajoli, en el mismo siglo XVII la conformación de regimenes absolutistas y la secularización de la sociedad, pusieron en crisis los planteamientos Vitorianos sobre la existencia de un orden universal que atara a los Estados interna y externamente⁶. En el siglo XVII Thomas Hobbes planteaba que “es un hecho que, en todas las épocas, los reyes y las personas que poseen una autoridad soberana están, a causa de su independencia, en una situación de perenne desconfianza mutua, en un estado y disposición de gladiadores, apuntándose con sus armas, mirándose fijamente, es decir, con sus fortalezas, guarniciones y cañones instalados en las fronteras de sus reinos, espionando a sus vecinos constantemente, en actitud belicosa”⁷, de modo que –siguiendo a Ferrajoli- “la sociedad internacional de los Estados pasa a configurarse –tanto en la teoría como en la práctica- como una sociedad salvaje en estado de naturaleza; más aun, como el moderno paradigma del estado naturaleza”⁸. En el Estado de naturaleza no existen obligaciones para con los pares: los otros Estados, por tanto, los Estados tampoco tienen que someterse al escrutinio de otros Estados, no existía control ninguno respecto a lo que realicen con sus propios individuos. En esa misma línea doctrinaria, a finales del siglo XIX Friedrich Hegel plantearía también una renovada argumentación a favor de un Estado todopoderoso, dotándolo de “voluntad propia” y reduciendo los derechos de las personas a los que el Estado “concedía”⁹. De modo que las concepciones Vitorianas fueron superadas por teorías políticas y jurídicas que ensalzaban la soberanía absoluta del Estado, dejando a su única voluntad la creación de cualquier derecho y, por tanto, dejando sin cabida a la existencia de obligaciones universales de los Estados respecto a otros Estados o a los individuos que están en sus territorios. En este punto, los individuos dejaban de ser sujeto del derecho internacional y pasaban a ser un asunto de interés exclusivo del derecho interno.

⁶ Luigi Ferrajoli, *Garantismo, Una discusión sobre derecho y democracia*, *Op. Cit.*, p. 133.

⁷ Thomas Hobbes. *Leviatán*. Alianza Editorial, S.A., Madrid, Tercera Reimpresión, 1995, p. 108.

⁸ Luigi Ferrajoli, *Garantismo, Una discusión sobre derecho y democracia*, *Op. Cit.*, p. 136.

⁹ Antonio Cançado Trindade, “La persona humana como sujeto del derecho internacional: avances de su capacidad jurídica internacional en la primera década del siglo XXI”, *Op. Cit.*, p. 274.

Estas dos corrientes sucintamente explicadas (la de Vitoria y Grocio, por un lado, la de Hobbes y Hegel, por otro), guiaron la conducta de los Estados durante el siglo XX. Una corriente planteaba, desde los albores del derecho internacional, que existía una comunidad internacional, de la cual los Estados hacían parte y para la cual tenían obligaciones de carácter universal -con los individuos y con los demás Estados- que permitían la convivencia de la comunidad. La segunda corriente, exaltaba que el Estado no podía tener una autoridad por encima de sí mismo, pues tenía una soberanía absoluta, era la voluntad de éste la que decidía que si someterse a acuerdos con otros Estados y no estaba atada por ningún ordenamiento universal ni con los otros Estados, ni con sus individuos. En el referido siglo XX, salvo relevantes excepciones, esta última corriente predominó en doctrina jurídica y en la práctica del derecho internacional hasta el final de la Segunda Guerra Mundial. A partir de entonces, con la conformación de la Organización de Naciones Unidas¹⁰ y la proclamación de la Declaración Universal de Derechos Humanos¹¹, el derecho internacional -lenta pero progresivamente- ha reconocido la existencia de obligaciones universales de los Estados para con todos los demás Estados y para con los individuos en la búsqueda de armonía en la comunidad internacional, en ese sentido el juez de la Corte Internacional de Justicia, Cançado Trindade, manifiesta que :

El Estado es responsable por todos sus actos y omisiones en detrimento de los derechos de la persona humana. Creado por los propios seres humanos, por ellos compuesto, para ellos existe, para la realización de su bien común. En caso de violación de los derechos humanos, justifícase así plenamente el acceso directo del individuo a la jurisdicción internacional, para hacer valer tales derechos, inclusive contra el propio Estado. El individuo pasó, nuevamente, a ser considerado como sujeto del derecho tanto interno como internacional.¹²

1.2 Gradualidad del reconocimiento del individuo como sujeto del derecho internacional

¹⁰ *Carta de las Naciones Unidas*. Conferencia de las Naciones Unidas sobre Organización Internacional, adoptada en San Francisco, el 26 de junio de 1945.

¹¹ *Declaración Universal de Derechos Humanos*. Asamblea General de Naciones Unidas, adoptada y proclamada por el 10 de diciembre de 1948.

¹² Antonio Cançado Trindade, “La persona humana como sujeto del derecho internacional: avances de su capacidad jurídica internacional en la primera década del siglo XXI”, *Op. Cit.*, p. 274.

A continuación se enfocará con mayor detenimiento el proceso y alcance del reconocimiento del individuo, quien no ha recibido un reconocimiento inmediato, sino progresivo y limitado en la escena internacional. Para el año 1920 ya habían existido varios casos en los que el individuo podía acudir a un tribunal internacional para reclamar sus derechos, como lo ejemplifican:

El sistema de navegación del río Reno, el Proyecto de una Corte Internacional de Presas (1907), la Corte Centroamericana de Justicia (1907-1917), así como, en la era de la Sociedad de las Naciones, los sistemas de las minorías (inclusive la Alta-Silesia) y de los territorios bajo mandato, los sistemas de peticiones de las Islas Aaland y del Sarre y de Danzig, además de la práctica de los tribunales arbitrales mixtos y de las comisiones mixtas de reclamaciones, de la misma época.¹³

La Corte Centroamericana de Justicia, en particular, fue pionera al reconocer la personalidad internacional del individuo, demostrando que era jurídicamente posible hacerlo y permitiendo que los individuos –además de los Estados- pudieran interponer demandas ante este tribunal¹⁴.

A pesar de estos precedentes, en la redacción del Estatuto de la Corte Permanente de Justicia Internacional en 1920, al considerar si se reconocía la capacidad del individuo ante la Corte, en el Comité de Juristas -designado por la Sociedad de Naciones-, prevaleció la posición de que solo fueran los Estados quienes pudieran actuar como parte ante el Tribunal, lo cual se ratificó en el estatuto de la Corte Internacional de Justicia de 1945 (Art. 34.1)¹⁵. Para entonces, la protección diplomática seguía siendo, conforme al derecho consuetudinario, el principal mecanismo de protección internacional del individuo¹⁶, el cuál permitía al individuo que sufría un daño en el extranjero solicitar a su propio Estado que por vías diplomáticas solicite reparación al Estado que afecto a la persona o sus bienes¹⁷. En palabras de la Corte

¹³ *Ibíd.*, p. 281.

¹⁴ Se sabe de 5 casos de reclamaciones particulares contra Estados durante la existencia de la Corte. Ver: Leonardo Granato y Nahuel Oddone. “En torno al problema de la personalidad internacional del individuo”. *Revista IMES Direit*, Año VI-No. 11-jul/dez 2005, p. 138.

¹⁵ Antonio Cançado Trindade, “La persona humana como sujeto del derecho internacional: avances de su capacidad jurídica internacional en la primera década del siglo XXI”, *Op. Cit.*, pp. 280 y 281.

¹⁶ Julio Barboza. *Derecho Internacional Público*. Zavalia Editor, 2001, p. 590.

¹⁷ Siguiendo la jurisprudencia de la Corte Internacional de Justicia, para que proceda la protección diplomática se requiere que “[l]a primera suposición es que el Estado demandado ha faltado su obligación

Internacional de Justicia, la protección diplomática es de “naturaleza discrecional”¹⁸, por lo que afirma que el Estado retiene “un poder discrecional de ejercicio el cual puede estar determinado por consideraciones de naturaleza política o de otra naturaleza, no relacionadas con el caso en particular”¹⁹, por lo que al momento de proteger a sus nacionales el Estado “disfrute de una completa libertad de acción”²⁰. La discrecionalidad de la protección diplomática refleja la fragilidad del mecanismo para la protección de la persona.

Sin embargo, a partir de la Declaración Universal de 1948, el reconocimiento de la personalidad internacional del individuo ha sido gradual. Desde entonces, a través de tratados internacionales, los derechos humanos se reafirmaron como límites universales, superiores y anteriores al Estado, oponibles al propio poder público, entiéndase también al derecho interno. El reconocimiento de esos derechos obligó a discutir un mecanismo, además de los que ofrece el propio Estado a nivel interno, para garantizar esos derechos de manera imparcial e independiente a nivel internacional²¹.

La respuesta estuvo en la ratificación del Convenio Europeo sobre Derechos Humanos²² y la Convención Americana sobre Derechos Humanos²³, que reconocieron derechos de carácter universal y establecieron tribunales internacionales (la Corte Europea de Derechos Humanos y la Corte Interamericana de Derechos Humanos) para garantizar los derechos humanos de individuos a niveles regionales. Adicionalmente, se ratificó a nivel universal el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos²⁴ que —a

hacia el Estado – Nación con respecto a sus nacionales. La segunda es que únicamente un actor respecto al cual se tiene una obligación internacional está en la capacidad de presentar un reclamo sobre el incumplimiento de dicha obligación”. *Opinión Consultiva sobre la Reparación de Daños Sufridos al Servicio de Naciones Unidas*, 11 de abril de 1949, pp. 181-182. Traducción del autor.

Ver también: Antonio Cassese. *International Law*. Second Edition, Oxford University Press, 2005, p. 376.

¹⁸ Corte Internacional de Justicia, *Caso Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited*, 5 de febrero de 1970, página 44. Traducción del autor.

¹⁹ *Ibíd.*

²⁰ *Ibíd.*

²¹ *Ibíd.*, p. 279.

²² *Convenio Europeo sobre Derechos Humanos*. Consejo de Europa, adoptado en Roma, 4 de noviembre de 1950.

²³ *Convención Americana sobre Derechos Humanos*. Conferencia Especializada Interamericana Sobre Derechos Humanos, adoptada en San José, el 22 de noviembre de 1969.

²⁴ *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*. Asamblea General de Naciones Unidas, adoptado el 16 de diciembre de 1966.

través del Primer Protocolo Facultativo²⁵- permite a un Comité analizar denuncias de particulares por supuestas violaciones al Pacto por parte de los Estados. Un par de décadas más tarde, se ratificaría la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos²⁶ que dará lugar a la recién creada Corte Africana sobre Derechos Humanos y de los Pueblos.

Al observar con detenimiento el papel del individuo en estos tribunales internacionales se muestra la gradual y progresiva intervención del individuo como sujeto en el derecho internacional, específicamente en el derecho internacional de los derechos humanos. Sin embargo, cabe resaltar el hecho de que en los sistemas de protección de derechos humanos el individuo es un sujeto parcial del derecho internacional, porque para someter un caso ante las Cortes éste tiene que ser admitido e impulsado (salvo ante el tribunal europeo, como se verá a continuación) obligatoriamente por una Comisión. La Comisión revisa el caso y es quién lleva el caso ante las Cortes (salvo los casos en que es otro Estado quien lleva los casos ante estos tribunales, lo que es poco usual). Sin embargo, hay que observar que en la evolución del proceso contencioso de la Corte Interamericana (reflejado en las reformas reglamentarias de la Corte de los años 2000, 2003 y 2009 y en su jurisprudencia²⁷), la presunta víctima de violaciones de derechos humanos ha ganado mayor protagonismo. En la última reforma del reglamento, la Corte indicó que el principal motivo de reforma fue modificar el rol de la Comisión Interamericana, otorgando más protagonismo a la víctima y al Estado demandado²⁸. Tras la reforma la Comisión ya no plantea una demanda, sino un informe a la Corte del caso en cuestión; según la nueva regulación, la Comisión tampoco ofrecerá ni peritos, ni declaraciones de las presuntas víctimas para conocimiento de la Corte²⁹. Por su parte, el papel de las presuntas víctimas – o sus representantes- es mucho más directo, ya que se les garantiza el *locus standi in iudicio*

²⁵ *Primer Protocolo Facultativo al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*. Asamblea General de Naciones Unidas, adoptado el 16 de diciembre de 1966.

²⁶ *Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos*. Asamblea de Jefes de Estado y de Gobierno de la Organización de la Unidad Africana, adoptada en Nairobi, 27 de junio de 1981.

²⁷ Ver: Centro por la Justicia y el Derecho Internacional. *Corte Interamericana y CIDH reforman sus reglamentos*. Internet. En <http://cejil.org/comunicados/corte-y-cidh-reforman-sus-reglamentos> Acceso: 10 de agosto de 2010.

²⁸ Cf. Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Exposición de Motivos de la Reforma Reglamentaria*. Internet. En http://www.corteidh.or.cr/regla_esp.pdf Acceso: 24 de noviembre de 2010.

²⁹ *Ibidem*.

durante toda la etapa del proceso contencioso³⁰, pudiendo “presentar de forma autónoma su escrito de solicitudes, argumentos y pruebas y continuarán actuando de esa forma durante todo el proceso”³¹. Así mismo, en el año 2001 se presentó a la Organización de Estados Americanos una Propuesta de Protocolo a la Convención Americana que permitiría a los particulares someter casos directamente ante la Corte³². De todo lo anterior se desprende que en el sistema interamericano, aunque sea la Comisión que presente el caso ante la Corte a través de un informe, es el individuo quien tiene derecho de actuar como parte en el proceso internacional, y además existen razones para pensar que el individuo tenga *legimatio ad causam* en un futuro próximo.

Por su parte, en la Corte Europea de Derechos Humanos, a partir del Protocolo No. 11 sobre la reforma del mecanismo de la Corte Europea como único órgano jurisdiccional de la Convención Europea³³, los individuos pueden someter casos directamente a la Corte. A partir de ese Protocolo de enmienda el individuo se convierte en un sujeto con plena capacidad para actuar ante esta jurisdicción, oponiéndose al Estado que presuntamente ha vulnerado sus derechos.

Habrà que anotar también que en el Tribunal Internacional del Derecho del Mar, su Sala de controversias de los Fondos Marinos específicamente tiene una jurisdicción *ratione personae* que permite someter casos a personas naturales o jurídicas que tengan contratos de exploración de los fondos marinos³⁴. Según Julio Barboza, entra en esta lista el Tribunal Administrativo de Naciones Unidas, donde existe “la posibilidad de los

³⁰ Al respecto, Cançado Trindade manifiesta que: “En el ámbito del derecho internacional de los derechos humanos[...] hoy se reconoce, a la par de su personalidad jurídica, también la capacidad procesal internacional (*locus standi in iudicio*) de los individuos. Es éste un desarrollo lógico, por cuanto no parece razonable concebir derechos en el plano internacional sin la correspondiente capacidad procesal de vindicarlos; los individuos son efectivamente la verdadera parte demandante en el contencioso internacional de los derechos humanos”. Antonio Cançado Trindade, “La persona humana como sujeto del derecho internacional: avances de su capacidad jurídica internacional en la primera década del siglo XXI”, *Op. Cit.*, p. 276.

³¹ *Ibidem.*, p. 4

³² Antonio Cançado. *Bases para un proyecto de Protocolo a la Convención Americana sobre Derechos Humanos, para fortalecer su mecanismo de protección*. El sistema interamericano de protección de los derechos humanos en el umbral del siglo XXI-Memoria del seminario (Nov. 1999), Corte Interamericana de Derechos Humanos, San José, Costa Rica, tomo I, 2a. ed., 2003, págs. 67-99. En Cançado Antonio Cançado Trindade, “La persona humana como sujeto del derecho internacional: avances de su capacidad jurídica internacional en la primera década del siglo XXI”, *Op. Cit.*, p. 311.

³³ *Protocolo No. 11 al Convenio Europeo sobre Derechos Humanos*. Adoptado por el Consejo de Europa, 11 de mayo de 1994.

³⁴ Antonio Cançado Trindade, “La persona humana como sujeto del derecho internacional: avances de su capacidad jurídica internacional en la primera década del siglo XXI”, *Op. Cit.*, p. 282.

individuos de mover una instancia internacional en reclamación de sus derechos”³⁵. En esta instancia los funcionarios individuales de la organización pueden demandarla conforme a las normas internas de la organización, que es un sujeto del derecho internacional, cuya “fuente última de validez”³⁶ es la Carta de Naciones Unidas, un tratado de derecho internacional. Lo mismo ocurre a través de los convenios de promoción y protección de inversiones, a través de los cuales empresas –cuyos titulares son particulares- pueden acudir a tribunales arbitrales para demandar a un Estado en caso de una supuesta violación a las obligaciones del Convenio.³⁷ Se debe tener en cuenta que “los derechos y las obligaciones atribuidos a las personas morales se resuelven en derechos y obligaciones de las personas físicas que las constituyen o que actúan en su nombre o representación”³⁸, por lo que cuando una empresa acude a un tribunal arbitral internacional para que protejan sus derechos presuntamente vulnerados por el Estado, son personas físicas las que en el fondo están solicitando protección por sus derechos.

De la misma manera, el individuo se ha convertido en sujeto pasivo de los tribunales penales internacionales. Luego de los tribunales de Nuremberg y Tokio en 1945, en los cuales fueron juzgados criminales de guerra alemanes y japoneses³⁹, el Consejo de Seguridad de Naciones Unidas creó los tribunales para juzgar los crímenes de guerra cometidos en la antigua Yugoslavia y en Ruanda. Posteriormente, el Estatuto de Roma estableció la Corte Penal Internacional, que marca el punto más alto en los mecanismos de imputación de responsabilidad penal internacional a individuos.

En conclusión, durante el siglo XX, muy especialmente con posterioridad a la Segunda Guerra Mundial, se ha reconocido progresiva y gradualmente la facultad de los individuos para acudir a tribunales internacionales para reclamar sus derechos. Este fenómeno se ha visto en los tribunales de derechos humanos, en tribunales administrativos de organizaciones internacionales, en centros de arbitraje internacional

³⁵ Julio Barboza. *Derecho Internacional Público, Op.Cit.*, p. 593.

³⁶ *Ibíd.*

³⁷ Ver: Leonardo Leonardo Granato y Nahuel Oddone. “En torno al problema de la personalidad internacional del individuo”, *Op. Cit.* 14, p. 150.

³⁸ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Cantos*, Septiembre 7 de 2001, párrafo 27.

³⁹ Acuerdo de Londres Para el Establecimiento de un Tribunal Internacional. Estados Unidos de América, la República Francesa, Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte y la Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas, adoptado en Londres, el 8 de agosto de 1945.

y en el Tribunal Internacional del Derecho del Mar. Adicionalmente, en estas décadas se ha reconocido la responsabilidad internacional penal de individuos por crímenes juzgados por cortes internacionales, estableciéndose también una personalidad pasiva del individuo en el plano internacional.

De este modo, la personalidad activa y pasiva del individuo consolidan su presencia como sujeto del derecho internacional, sujeto que, por lo visto, se proyecta a adquirir mayor protagonismo. Revisar el proceso de reconocimiento del individuo como sujeto del derecho internacional es relevante para el argumento de esta tesis porque existen importantes paralelismos con el proceso de reconocimiento a los pueblos indígenas como sujetos del derecho internacional.

En ambos casos, como se verá a continuación, se trata de un reconocimiento por parte del derecho internacional, de normas sustantivas y adjetivas, que reconocen al individuo y a los pueblos indígenas como sujetos del derecho internacional, bajo la ideología de que el poder del estado tiene que estar sometido a un escrutinio internacional y establece procedimientos para que tal escrutinio sea efectivo.

2. Los pueblos indígenas como sujeto del derecho internacional

En la segunda parte del primer capítulo me centraré en el planteamiento de si los pueblos indígenas son sujetos del derecho internacional. En primera instancia revisaré cómo se abordó a los pueblos indígenas desde el emergente derecho internacional durante los siglos XVI y XVII; después como a partir de este último siglo y durante el siglo XVIII se plantean teorías políticas y también jurídicas que sostienen que exclusivamente los Estados y no los pueblos *no civilizados* son sujetos de derecho internacional; posteriormente revisaré como el positivismo jurídico del siglo XIX y mediados del XX descarta desde la ciencia del derecho la presencia de los pueblos indígenas en la escena internacional; y me detendré en analizar cómo resurgieron los pueblos indígenas en el derecho internacional de los últimos cuarenta años.

2.1 El derecho internacional ante la conquista de los pueblos indígenas de América

La primera discusión que se plantea respecto a la relación de los Estados con los pueblos indígenas se da en el siglo XVI, apenas iniciada la conquista de América por parte de España y Portugal. Esta discusión inicia con las descripciones que realiza el sacerdote dominico Bartolomé de las Casas (1474-1566) sobre la situación de los indígenas en América, en su libro *Historia de las Indias*, producto de varios años de vida en territorio americano⁴⁰. Las Casas fue particularmente crítico con el sistema de *la encomienda*, que garantizaba a los españoles conquistadores y colonizadores grandes parcelas y el derecho a que individuos indígenas trabajasen para ellos de modo gratuito, logrando la expansión del área de efectivo dominio español.

La descripción que hace Bartolomé de las Casas inicia una discusión sobre si los indígenas tienen una esencia humana y sobre cuál es el título de España y Portugal para tener posesión de las Indias. En un ambiente marcado por el cristianismo medieval, existieron quienes negaron la esencia humana de los indígenas y consideraron que la donación Papal, en virtud de su soberanía universal en la tierra era título suficiente⁴¹. En réplica Francisco de Vitoria, profesor de teología de la Universidad de Salamanca, es una de las personas que junto a de las Casas sostiene que los indígenas son humanos y racionales. Para Vitoria, los indígenas:

[...] no son dementes, sino que tienen, a su modo, uso de razón. Es manifiesto que tienen cierto orden en sus cosas, puesto que tienen ciudades debidamente regidas, matrimonios reglamentados, magistrados, señores, leyes, artesanos, mercados, todo lo cual requiere uso de razón. Tienen también una especie de religión, y no yerran tampoco en las cosas que para los demás son evidentes.⁴²

Para Vitoria la racionalidad de los indígenas, implicaba que sus pueblos fueran parte del orden mundial, conformado por una sociedad de repúblicas –tesis clave del Derecho Internacional moderno- y por tanto implicaba que estos pueblos regulen sus

⁴⁰ Bartolomé de las Casas. *Historia de las Indias*. Edición de Agustín Millares Carlo y Estudio Preliminar de Lewis Hanke, Fondo de Cultura Económica, México, 1995.

⁴¹ James Anaya, *Indigenous Peoples in International Law*. Oxford University Press, Second Edition, United States, 2004, p. 17.

⁴² Francisco de Vitoria, *Sobre el poder civil, Sobre los indios, Sobre el derecho de la guerra, Op. Cit.*, página 82.

relaciones con las demás repúblicas a través del *ius gentium*. Partiendo de que “los españoles son prójimos de los bárbaros”⁴³, Vitoria sostiene que si los pueblos indígenas son parte de la sociedad de repúblicas, son iguales y libres como las demás repúblicas, así como propietarios del territorio en que están asentados.

Sin embargo Vitoria encontró argumentos que justificaron jurídicamente la conquista. En su criterio, al pertenecer a la sociedad de repúblicas, los pueblos indígenas tenían obligaciones de acuerdo al *ius gentium*. Para Vitoria una de las obligaciones, como sujeto del *ius gentium* es respetar el *ius communicationis*⁴⁴, esto es el derecho a comunicarse, que contiene además varios derechos de gentes: el *ius peregrinandi et degendi*, y por tanto, el derecho al tránsito y libertad de mares; el *ius commercii* que permite la comercialización mundial de las mercancías por parte de las colonias⁴⁵; el *ius occupationis* sobre tierras baldías y sobre aquellas cosas que los indios no recogen como oro y plata; y el *ius migrandi* que permite desplazarse al nuevo mundo y obtener la ciudadanía⁴⁶. A decir de Ferrajoli, esta argumentación pone en claro:

El carácter concretamente desigualitario de unos derechos que resultan ser universales sólo en abstracto: de hecho, sólo los españoles iban a poder ejercerlos —emigrando, ocupando, dictando las leyes de un intercambio desigual—, mientras que los indios no serán más que la parte pasiva y las víctimas de este ejercicio.⁴⁷

De modo que, de manera pasiva, los pueblos indígenas estaban obligados a respetar que las potencias colonizadoras se desplazaran, comerciaran sus mercancías, explotaran los minerales que los indígenas no explotaban, hicieran suyos los territorios que no estaban ocupados y migraran a territorio americano. Este argumento se complementa por otro derecho que Vitoria considera parte del *ius gentium*: el *ius predicandi et annunciandi Evangelium* —el derecho a predicar y anunciar el evangelio- y

⁴³ *Ibíd.*, p. 132.

⁴⁴ “No es lícito a los bárbaros prohibir a los españoles la comunicación y participación de las cosas, que entre ellos son comunes, tanto a los ciudadanos como a los huéspedes”, *Ibíd.*, p. 127.

⁴⁵ “Es lícito a los españoles negociar con los bárbaros, pero sin perjuicio de su patria, ya importando mercancías de las que aquellos carecen, etc., ya exportando oro, plata y otras materias que ellos tienen en abundancia, y sus príncipes no pueden prohibir que sus súbditos comercien con los españoles”, *Ibíd.*

⁴⁶ “Si en aquel territorio [de las Indias] nacieren hijos de padres españoles que tuvieran allí su domicilio y ellos quisieran ser ciudadanos del país, no se les puede privar de la ciudadanía ni impedirseles disfrutar de las ventajas de los demás ciudadanos”, *Ibíd.*

⁴⁷ *Ibíd.*, página 130.

el deber de los indios de no obstaculizar su ejercicio⁴⁸. Finalmente Vitoria considera parte del *ius gentium* –lo que podríamos llamar el argumento fundamental- es el derecho que faculta a los españoles de acudir a una *guerra justa* para defender cualquiera de sus derechos previamente anunciados si los indígenas no los respetan: “Después de haberlo intentado por todos los medios, los españoles no pueden conseguir la seguridad de parte de los bárbaros, sino es ocupando sus ciudades y sometiéndolos, pueden lícitamente hacerlo”⁴⁹.

En conclusión, Vitoria estuvo menos preocupado de evitar los abusos a los pueblos indígenas, que en establecer parámetros de gobierno y jurídicos para su trato⁵⁰. A partir de Vitoria, se reconoce la humanidad de los pueblos indígenas, pero también se determina que si ellos resisten la acción colonizadora, los españoles están facultados para realizar una *guerra justa* en su contra. A partir de entonces la guerra es la sanción dirigida a asegurar la efectividad del derecho internacional, tesis que perdurará hasta el siglo XX.

2.2 Período de la desaparición de los pueblos indígenas como sujetos del derecho internacional

Una vez discutida la legitimidad de la guerra de conquista y la esencia humana de los pueblos indígenas, se constata que los pueblos indígenas dejan de ser un asunto de preocupación del derecho internacional. Los planteamientos de teoría política y de derecho internacional plantearon al Estado como sujeto único de esta disciplina y descalificaron el estatus de los pueblos indígenas en la escena del derecho internacional.

El desmembramiento de los pueblos indígenas de la sociedad internacional tiene su origen en los planteamientos de Thomas Hobbes, cuya visión de la humanidad está compuesta por individuos y estados⁵¹. Estos últimos, tienen, al igual que los individuos,

⁴⁸ “Pueden ser reprimidos los bárbaros, evitando, no obstante, el escándalo, si, ya sea sus señores, ya el pueblo, impidieran la promulgación del Evangelio”, *Ibíd.*, p. 128.

⁴⁹ *Ibíd.*

⁵⁰ James Anaya, *Indigenous Peoples in International Law*, *Op. Cit.*, p. 17.

⁵¹ *Ibíd.*, p. 20.

derechos que les son naturales, e interactúan con los otros estados a través del derecho de las naciones⁵².

En esa misma línea, para el ius internacionalista Emmerich de Vattel el “el pueblo [...] que ha pasado al gobierno de otro, no es ya más un estado, y no se encuentra bajo el derecho de gentes. Las naciones y reinos que los romanos sujetaron bajo su imperio son de este carácter”⁵³. El uso intercambiable de los términos Estado y Nación “pone en manifiesto la asunción de que estas dos categorías conceptuales coinciden plenamente”⁵⁴. Siguiendo a James Anaya, en este paradigma los pueblos indígenas no podían ser considerados como Estados -y por tanto solo podían ser considerados como individuos- porque no cumplían los requisitos para ser una nación.

Existen dos razones para que los pueblos indígenas no podrían ser considerados como naciones. En primer lugar, se debe atender al concepto que se tiene en Europa en el siglo XIX para reconocer a un Estado-nación. El análisis de los planteamientos jurídicos vigentes en Europa durante los siglos XVII y XVIII, lleva al profesor James Anaya a contrastar que:

La noción de estado-nación en el sentido poswestfaliano se basó en modelos de organización social y política europeos, definidos principalmente por la integridad del dominio territorial y la autoridad jerárquica centralizada. En cambio, los pueblos indígenas del continente americano y otros lugares, por lo menos antes del contacto europeo, se organizaban generalmente de acuerdo con vínculos tribales de parentesco, contaban con estructuras políticas descentralizadas a menudo unidas en confederaciones y disfrutaban de esferas de control territorial compartidas o superpuestas.⁵⁵

De hecho, el mismo Hobbes planteaba que un ejemplo de la vida en *estado de naturaleza*, esto es un grupo humano sin organización social, eran “la gente salvaje de muchos lugares de América” quienes “excepto en el gobierno de pequeñas familias [...]

⁵² *Ibíd.*, p. 20.

⁵³ Emmerich de Vattel. *Law of Nations*. Translation of the 1758 edition by Charles Frenwick. Classics of International law series, Carnegie Institution of Washington, Washington, 1916, p. 12. En James Anaya, *Indigenous Peoples in International Law*, *Op. Cit.*, p. 23.

⁵⁴ James Anaya, *Indigenous Peoples in International Law*, *Op. Cit.*, p. 21.

⁵⁵ *Ibíd.*, p. 22.

carecen absolutamente de gobierno, y viven en este momento en esa manera brutal”⁵⁶. Mientras Vattel, a partir de esa misma premisa, plantea las consecuencias jurídicas internacionales de la superioridad de la organización de la sociedad Europea sobre las otras sociedades, de este modo:

Todas las naciones están, pues, obligadas por la ley natural a cultivar el país que les ha tocado en patrimonio. [...] Hay otros que por huir del trabajo, viven de la caza, y del producto de sus ganados [...] Los que conservan todavía este género de vida ociosa usurpan más terreno del que necesitan, trabajando modernamente; y no pueden quejarse, si otras naciones más laboriosas y demasiado reducidas van a ocupar una parte de su país.⁵⁷

Estas afirmaciones implicaban no solo la falta de personalidad internacional de los pueblos indígenas, sino que legitimaba el que pueblos de organización social y económica como los europeos colonizasen territorios indígenas. De modo que el concepto de nación estaba supeditado a características de organización social que cumplieran las sociedades europeas, pero que eran distintas a las de los pueblos indígenas, por lo que no podían ser reconocidos como Estados-naciones.

En segundo lugar, como indica Vattel “el pueblo [...] que ha pasado al gobierno de otro, no es ya más un estado, y no se encuentra bajo el derecho de gentes. Las naciones y reinos que los romanos sujetaron bajo su imperio son de este carácter”⁵⁸. En esa línea, los pueblos indígenas americanos, una vez colonizados por la fuerza, dejarían de ser estados, ya que sería el poder colonial que los sometió quien desde ese momento actuaría en su nombre en el Derecho de Naciones. En el caso sudamericano, España y Portugal, son quienes tendrían el derecho de interactuar con las otras naciones en lugar de los pueblos sometidos de sus colonias. Esto nos obliga a pensar que si hipotéticamente se hubiera continuado reconociendo la personalidad internacional de los pueblos indígenas, se hubiera comprometido el expansionismo colonial y su misma presencia en territorio ya colonizado. Por el contrario, el planteamiento de Vattel clausuraba la discusión jurídica a nivel internacional del destino de esos pueblos. En

⁵⁶ Thomas Hobbes. *Leviatán*, *Op. Cit.*, p. 108.

⁵⁷ Emmerich de Vattel. *Law of Nations*, *Op. Cit.*, pp. 37-38. En James Anaya, *Indigenous Peoples in International Law*, *Op. Cit.*, p. 41.

⁵⁸ Emmerich de Vattel. *Law of Nations*, *Op. Cit.*, p. 12. En James Anaya, *Indigenous Peoples in International Law*, *Op. Cit.*, p. 23.

otros términos, siendo que los pueblos indígenas fueron sometidos por la fuerza, la afirmación de Vattel nos hace deducir que es la superioridad bélica de los europeos la segunda razón por la cual los pueblos indígenas fueron excluidos del derecho de las naciones. De tal modo, que la organización social distinta a la europea, y la inferioridad bélica, serían las razones por las los pueblos indígenas no sean reconocidos por naciones y por tanto dejen de ser sujetos del derecho internacional.

2.3 Positivism jurídico en el derecho internacional de finales del siglo XIX e inicios del XX

Los planteamientos que surgen de los siglos XVII y XVIII se solidifican impenetrablemente con el positivismo jurídico de fines del siglo XIX e inicios del XX, el mismo que recoge las tesis planteadas (sobre la superioridad cultural y bélica) pero extiende sus consecuencias y las plantea como dogmas jurídicos, como pilares de la ciencia del derecho de las naciones, que no son susceptibles de contradicción alguna. Al inicio del siglo XX se vuelve entonces indiscutible que el derecho internacional se refiere a los derechos y deberes de los Estados, quienes se consideran soberanos, jurídicamente iguales e independientes en el ejercicio de soberanía sin interferencia internacional. Además, se considera que el derecho internacional regula las relaciones entre los Estados y no sobre los Estados, teniendo como base teórica el consentimiento de los mismos. De tal modo, los Estados son el universo limitado del derecho internacional y se excluyen a priori a los pueblos indígenas, por no ser Estados⁵⁹.

Consecuentemente, los estados podían “tratar a los habitantes indígenas de acuerdo con sus políticas internas, amparadas por el propio derecho internacional frente a un escrutinio exterior no deseado”⁶⁰. En ese sentido, estos planteamientos “no solo para apoyar las bases territoriales de los estados americanos, sino también para limitar los parámetros de sensibilidad internacional respecto al proceso de colonización que se estaba llevando a cabo en África y en otros territorios no europeos”⁶¹.

⁵⁹ James Anaya, *Indigenous Peoples in International Law, Op. Cit.*, pp. 26 y 27.

⁶⁰ James Anaya. *Op. Cit. 41*, página 27.

⁶¹ James Anaya. *Op. Cit. 41*, página 27.

Esas premisas, se articulan con el planteamiento de que el reconocimiento de un sujeto internacional pasaba porque una nación fuera civilizada desde la perspectiva europea, por lo que los pueblos indígenas, culturalmente distintos, se encontraban fuera de los parámetros de civilización y por tanto estaban excluidos del derecho internacional⁶². En este sentido el publicista John Westlake, en sus *Chapters on the Principles of International Law* (1894) planteaba que existe una división entre la “humanidad civilizada e incivilizada”, determinando que el estilo europeo de gobierno y la vida sedentaria representaban al primer tipo⁶³:

Derechos que son comunes a la humanidad civilizada e incivilizada no se encuentran entre aquellos que desarrolla y protege el derecho internacional. [...] Esto es indudable, y no significa que a los nativos se les nieguen todos los derechos, sino que la valoración de estos derechos corresponde a la conciencia del estado dentro de cuyos límites territoriales soberanos [...] se encuentran incluidos, dado que las normas de la sociedad internacional existen sólo con el objeto de regular la conducta mutua de sus miembros.⁶⁴

Así, resulta claro que siendo los pueblos indígenas poblaciones “incivilizadas” no son Estados sino individuos. Dentro de este marco, los derechos de los individuos – civilizados o no –, conforme al principio de consentimiento, eran preocupación de los Estados que tenían soberanía sobre el espacio donde ellos se encontraban. Al no ser sujetos del derecho internacional, sus derechos territoriales sobre las zonas que habitaban se consideraron sin fundamento; el derecho internacional podía entonces establecer regulación de colonización de aquellas tierras, “a efectos del derecho internacional, las tierras indígenas antes de la presencia colonial fueron consideradas desocupadas o *terra nullius*”⁶⁵. Además, al no ser sujetos de derecho internacional, los tratados entre los pueblos indígenas y los Estados no eran vinculantes. En el caso de Isla de Palmas, en el cual Holanda y Estados Unidos tenían una controversia sobre quién tenía soberanía sobre la isla, el Tribunal estableció que los tratados entre Holanda y pueblos nativos podían ser considerados solo como “hechos” relevantes para Holanda, por lo que aquellos “contratos entre un estado [...] y príncipes o jefes nativos de

⁶² James Anaya. *Op. Cit.* 41, páginas 26 y 27.

⁶³ John Westlake. *Chapters on the Principles of International Law*. William E. Hall, *A treatise on International Law* 65, Alexander Higgins ed., 1924, p. 110. En James Anaya, *Indigenous Peoples in International Law*, *Op. Cit.*, p. 27

⁶⁴ *Ibíd.*, página 138. En James Anaya, *Indigenous Peoples in International Law*, *Op. Cit.*, p. 28.

⁶⁵ James Anaya, *Indigenous Peoples in International Law*, *Op. Cit.*, p. 29.

pueblos no reconocidos como miembros de la comunidad de naciones [...] no son, a los efectos del derecho internacional, tratados o convenios capaces de crear derechos y obligaciones”⁶⁶.

Este caso es un ejemplo, de los planteamientos del derecho internacional positivista de finales del siglo XIX e inicios del XX, de esta forma se cohesiona una teoría jurídica que concibe exclusivamente a los Estados como sujeto del derecho internacional y que reconoce como Estado sólo a aquellos entes “civilizados”, dos razones por las cuales se niega la personalidad internacional de los pueblos indígenas.

3 Emergencia contemporánea de los pueblos indígenas como sujetos del derecho internacional

A continuación, para establecer si contemporáneamente los pueblos indígenas son sujetos del derecho internacional consideraré el concepto de personalidad jurídica internacional, una cualidad que detentan los sujetos del derecho internacional y para la cual es necesario reunir determinados requisitos, y seguidamente analizaré si estos requisitos son satisfechos por los pueblos indígenas.

3.1 El concepto de personalidad jurídica internacional contemporáneo

El concepto de Personalidad Jurídica Internacional es fundamental para la estructura y unidad del derecho internacional. Este concepto indica quienes son los actores de esta disciplina, entre quienes se establecen relaciones jurídicas, y en palabras de Janne Nijman es indispensable para “nuestro ordenamiento mental de la realidad internacional”⁶⁷.

Para Natalia Álvarez “la personalidad jurídica hace referencia en derecho internacional a la capacidad de los sujetos de detentar derechos y obligaciones, iniciar demandas internacionales (*ius standi*), concluir tratados o disfrutar de privilegios e

⁶⁶ Caso de Isla de Palmas, Estados Unidos contra Holanda, Corte Permanente de Arbitraje, Árbitro Único Max Huber, Arb. Awards, 1928. En James Anaya, *Indigenous Peoples in International Law, Op. Cit.*, p. 31.

⁶⁷ Janne Nijman, *The Concept of International Legal Personality, An Inquiry Into the History and Theory of International Law*. T.M.C: ASSER PRESS y Cambridge University Press, The Hague, Netherlands, 2004, p. 456. Traducción del Autor.

inmunidades reconocidos por el derecho internacional”⁶⁸. Desde su existencia, han sido Estados quienes “pueden tener personalidad plena, esto es, pueden tener capacidad ilimitada para ejercer derechos y asumir obligaciones cuando son soberanos”⁶⁹.

Sin embargo, la Corte Internacional de Justicia, refiriéndose a la personalidad jurídica internacional de las organizaciones internacionales, estableció que: “[l]os sujetos de derecho, en un sistema jurídico, no son necesariamente idénticos en cuanto a su naturaleza o a la extensión de sus derechos”⁷⁰. Es por esto que “[a]hora, la Personalidad Jurídica Internacional generalmente no se la concibe como un atributo que brota de o se deriva de la soberanía del Estado como lo fue en tiempos pasados. Mediante la atribución internacional de derechos y obligaciones legales, (nuevos) actores entran en escena, se vuelven ‘visibles’, como personas jurídicas internacionales y son incluidos en la comunidad (jurídica) internacional”⁷¹. Para que se reconozca a un sujeto del derecho internacional, la doctrina exige que “el sistema jurídico internacional determin[e] qué entidades tienen Personalidad Jurídica Internacional y cual es el alcance en cada caso”⁷². Es así que la doctrina y la práctica internacional han reconocido paulatinamente la existencia de otros sujetos del derecho internacional como: las organizaciones internacionales, los movimientos de liberación nacional⁷³ y los individuos a quienes el derecho internacional ha reconocido derechos y ha establecido

⁶⁸ Natalia Álvarez, *El Sujeto Indígenas y el Derecho de Autodeterminación en la Declaración de Naciones Unidas Sobre Derechos de los Pueblos Indígenas: ¿Tienen Los Pueblos Indígenas Personalidad Jurídica Internacional?*. En “Declaración Sobre Los Derechos de los Pueblos Indígenas, Hacia un Mundo Intercultura y Sostenible”, Varios Autores. Editores Natalia Álvarez, Daniel Oliva Martínez, Nieves Zúñiga García-Falces, Editorial Catarata, Madrid, 2009, p. 215.

⁶⁹ Julio Barboza, *Derecho Internacional Público*, *Op. Cit.*, p. 156.

⁷⁰ Corte Internacional de Justicia, *Opinión Consultiva sobre la Reparación de Daños Sufridos al Servicio de Naciones Unidas*, 11 de abril de 1949, p. 179. Traducción del autor.

⁷¹ Janne Nijman, *The Concept of International Legal Personality, An Inquiry Into the History and Theory of International Law*, *Op. Cit.*, p. 456. Traducción del autor.

⁷² *Ibíd.*, p. 453.

⁷³ Al decir de Antonio Cassese, la subjetividad internacional de los movimientos de liberación nacional puede deducirse del Art. 96.3 del Primero Protocolo de Ginebra de 1997, el mismo que facultad a estos movimientos hacer una Declaración con el propósito de estar vinculado por el Protocolo, es decir, que los faculta a tener obligaciones internacionales. Además el jurista italiano cita una sentencia de la Corte de Casación Italiana que plantea que los movimientos de liberación nacional, como la Organización de Liberación Palestina:

Gozan de una personalidad internacional limitada. Tienen garantizado el *locus standi* en la comunidad internacional por el limitado propósito de discutir, en perfecta situación de igualdad con Estados territoriales, los mecanismos y términos de la autodeterminación de los pueblos que controla políticamente, de acuerdo con el principio de la autodeterminación, a ser considerado una norma costumbrista de carácter perentorio.

Corte Italiana de Casación, *Caso Arafat y Salah*, 28 de junio de 1985, párr. 884-889. Antonio Cassese, *International Law*, *Op. Cit.*, p. 141. Traducción del autor.

mecanismos limitados para que los puedan exigir⁷⁴. Estos otros sujetos del derecho internacional tienen “una *capacidad jurídica limitada* para actuar, esto es, para hacer efectivos sus derechos y poderes a través procedimientos judiciales u otros procedimientos, o para hacer respetar sus derechos”⁷⁵.

En ese orden de ideas, para determinar si los pueblos indígenas son sujetos del derecho internacional, analizaremos si las fuentes del sistema jurídico internacional reconocen derechos y obligaciones a los pueblos indígenas, y si existen procedimientos para que estos últimos puedan hacer efectivos sus derechos.

3.2 Normas internacionales que reconocen derechos a los pueblos indígenas

El desarrollo de una normativa internacional que garantice los derechos de los pueblos indígenas se ha dado por dos vías. En primer lugar, por el desarrollo de instrumentos internacionales que garantizan explícitamente derechos de los pueblos indígenas, y en segundo, por el desarrollo de normas generales de derecho internacional de los derechos humanos, que al ser aplicadas han garantizado derechos de los pueblos indígenas y han establecidos estándares de protección de estos derechos. En ambos casos se trata de obligaciones internacionales establecidas en tratados que los Estados deben cumplir para garantizar los derechos de los pueblos indígenas.

Instrumentos internacionales que explícitamente se refieren a derechos de los pueblos indígenas

Existen dos instrumentos internacionales que explícitamente se refieren a los pueblos indígenas. En primer lugar, el Convenio No. 169 de la Organización Internacional del Trabajo Sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes⁷⁶ adoptado por consenso por la Conferencia General de esta organización en 1989. En segundo lugar, la Declaración de Derechos de los Pueblos Indígenas de la Asamblea General de Naciones Unidas de 2007.

⁷⁴ Julio Barboza, *Derecho Internacional Público*, Op. Cit., pp. 155-188.

⁷⁵ Antonio Cançado Trindade, “La persona humana como sujeto del derecho internacional: avances de su capacidad jurídica internacional en la primera década del siglo XXI”, Op. Cit., p. 72.

⁷⁶ *Convenio No. 169 Sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes*. Conferencia General de la Organización Internacional del Trabajo, adoptado el 27 de junio de 1989.

El Convenio No. 169 de la Organización Internacional del Trabajo Sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes⁷⁷ de la Organización Internacional del Trabajo reemplazó al Convenio No. 107 de la misma organización “Sobre la Protección e Integración de Indígenas y Otras Poblaciones Tribales y Semitribales en Países Independientes”⁷⁸. El Convenio No. 169 “ha jugado un papel central en delinear un régimen normativo enfocado en los derechos de los pueblos indígenas a nivel internacional”⁷⁹ y “ha tenido un efecto tremendo en la práctica estatal”⁸⁰. Los temas centrales que aborda este instrumento en sus 34 artículos son el reconocimiento de “derechos sobre tierras indígenas, el impacto adverso de proyectos de desarrollo en los modos de vida indígena y sus economía, y la participación, consulta y autonomía indígena”⁸¹.

El segundo instrumento internacional que reconoce los derechos de los pueblos indígenas es la Declaración de Derechos de los Pueblos Indígenas. Tiene su origen en la solicitud del Consejo Económico y Social a la entonces Subcomisión de Discriminación y Protección de Minorías (actual Subcomisión de Promoción y Protección de Derechos Humanos) de un estudio sobre el “Problema de la discriminación contra poblaciones indígenas”⁸², encargando el mismo al ecuatoriano José Martínez Cobo⁸³. Este estudio brindó información a la comunidad internacional

⁷⁷ Al momento este Convenio ha sido ratificado por Argentina (2000), Brasil (2002), Bolivia (1991), Chile (2008), Colombia (1991), Costa Rica (1998), Dinamarca (1996), Dominica (2002), Ecuador (1998), España (2007), Fiji (1998), Guatemala (1996), Honduras (1995), México (1990), Nepal (2007), Nicaragua (2010), Noruega (1990), Países Bajos (1998), Paraguay (1993), Perú (1994), República Centraoaficana (2010), Venezuela (2002).

⁷⁸ *Convenio 107 Sobre la Protección de Indígenas y Otras Poblaciones Tribales y Semitribales en Países Independientes*. Conferencia Internacional del Trabajo, adoptado el 26 de Junio de 1957.

⁷⁹ Luís Rodríguez-Piñero. “Historical Anomalies, Contemporary Consequences: International Supervision of the ILO Convention On Indigenous and Tribal Peoples (No. 169)”. *Law And Antropology, International Yearbook for Legal Antropology*, Volume 12, Martinus Nijhogg Publishers, René Kuppe y Richard Potz editores, Boston, 2005, p. 55. Traducción del autor.

⁸⁰ *Ibíd.*, p. 54.

⁸¹ *Ibíd.*, p. 76.

⁸² Consejo Económico y Social, *Establecimiento del Foro Permanente para las Cuestiones Indígenas*. Resolución 2000/22, 28 de julio de 2000.

⁸³ José Martínez Cobo, Study of the problem of discrimination against indigenous peoples, El estudio tuvo tres entregas en los años 1981-1982-1983, E/CN.4/Sub.2/476 el 30 de julio de 1981, E/CN.4/Sub.2/1982/2 de 10 de agosto de 1981, E/CN.4/Sub.2/1983/21 de 5 de agosto de 1983. A decir de Anaya “[e]l informe consistía en una extensa compilación de datos sobre los pueblos indígenas de ámbito mundial e incluía una serie de conclusiones y recomendaciones en general en apoyo de las demandas de los pueblos indígenas. El estudio de Martínez Cobo se convirtió en un estándar de referencia para la discusión en materia de pueblos indígenas dentro del sistema de naciones Unidas. El informe sirvió además de pauta para trabajos de

sobre la situación de discriminación de los pueblos indígenas y abrió el debate sobre el reconocimiento de sus derechos, para lo cual también fue decisiva la acción política a nivel interno e internacional de las organizaciones indígenas. A partir de las recomendaciones del estudio de Martínez, en 1982 la Comisión de Derechos Humanos y el Consejo Económico y Social establecieron el Grupo de Trabajo sobre Poblaciones Indígenas de Naciones Unidas⁸⁴, el cual reúne anualmente a expertos que trabajan para el desarrollo de estándares sobre la situación de los derechos de los pueblos indígenas. En 1985 el Grupo de Trabajo decidió elaborar, junto a representantes de los pueblos indígenas, un Proyecto de Declaración sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, el mismo que sería aprobado en 1994⁸⁵. Una vez aprobado el proyecto, se creó el Grupo de Trabajo Sobre el Proyecto de Declaración que en su funcionamiento permitió la participación de las organizaciones indígenas, y se estableció un fondo para que los representantes de comunidades y organizaciones indígenas puedan participar de las deliberaciones del grupo, negociando directamente con representantes de gobiernos.⁸⁶ Tras veintidós años de debate, la Asamblea General de la ONU aprobó el 13 de septiembre de 2007 la Declaración sobre Derechos de los Pueblos Indígenas, con 143 votos a favor - entre ellos el de Ecuador-, cuatro en contra –de Canadá, Estados Unidos, Nueva Zelanda y Australia- y 11 abstenciones. El texto es de 46 artículos e incluye los derechos a la tierra y territorio, al acceso a los recursos naturaleza en sus territorios, al respeto y la preservación de sus tradiciones y a su autodeterminación. Además, por la intensa participación de las organizaciones indígenas en la redacción del texto de la Declaración se ha afirmado que los pueblos indígenas actuaron como elaboradores del derecho internacional⁸⁷.

recopilación y análisis de información sobre el tema realizados por expertos con el auspicio de organizaciones internacionales”. James Anaya, *Indigenous Peoples in International Law*, Op. Cit., página 57.

⁸⁴ Comisión de Derechos Humanos, *Sobre la creación del Grupo de Trabajo Sobre Poblaciones Indígenas*. Resolución 1982/19, 10 de marzo de 1982. Consejo Económico y Social, *Sobre la creación del Grupo de Trabajo Sobre Poblaciones Indígenas*. Resolución 1982/34, 7 de mayo de 1982.

⁸⁵ *Proyecto de Declaración de Derechos de los Pueblos Indígenas*. Subcomisión de Naciones Unidas para la Prevención de la Discriminación y Protección de Minorías, adoptado el 26 de agosto de 1994.

⁸⁶ Comisión de Derechos Humanos, *Creación del grupo de Trabajo para examinar el proyecto de declaración para que fuera examinado y aprobado por la Asamblea General*. Resolución 1995/32, 3 de marzo de 1995.

⁸⁷ Natalia Álvarez, *El Sujeto Indígena y el Derecho de Autodeterminación en la Declaración de Naciones Unidas Sobre Derechos de los Pueblos Indígenas: ¿Tienen Los Pueblos Indígenas Personalidad Jurídica Internacional?.* Op. Cit., página 220. Janne Nijman, *The Concept of International Legal Personality, An Inquiry Into the History and Theory of International Law*, Op. Cit, p. 469. Alan Boyle y Christine Chinkin, *The Making of International Law*. Oxford University Press, 2007, páginas 48-50.

El Convenio No. 169 Sobre los Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes de la OIT y la Declaración de Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas son dos instrumentos internacionales que explícitamente reconocen derechos a los pueblos indígenas y que tienen un contenido similar, al garantizar los derechos relativos a tierras y territorios indígenas, auto-gobierno, integridad cultural y autodeterminación.

Instrumentos internacionales que implícitamente garantizan derechos de los pueblos indígenas

En este apartado me refiero a instrumentos internacionales de derecho internacional de los derechos humanos que al aplicarse a pueblos y comunidades indígenas hacen efectivos sus derechos. Si bien son derechos universales “[l]os derechos responden a necesidades amenazadas y aunque existan necesidades universales, transculturales si se quiere, su concreción y el modo de hacerlas efectivas dependerá del contexto espacial y temporal en el que se producen. En el caso de las personas pertenecientes a pueblos indígenas, esta relatividad del contenido de los derechos universales es especialmente notoria pues su satisfacción exigiría una adaptación especial a las circunstancias propias de cada situación”⁸⁸.

Los principales instrumentos de este tipo son el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, la Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, a través de su Art. 27⁸⁹, garantiza a los pueblos indígenas su integridad cultural. Es por esta razón que en la Observación General No. 23, el Comité de Derechos Humanos indicó que:

Por lo que se refiere al ejercicio de los derechos culturales protegidos por el artículo 27, el Comité observa que la cultura se manifiesta de muchas formas, inclusive un modo

⁸⁸ Marco Aparicio Wilhelmi, *El derecho de los pueblos indígenas a la Libre Determinación*. En Pueblos indígenas y derechos humanos, Mikel Berraondo (Coord.) Instituto de Derechos Humanos, Serie Derechos Humanos, vol. 14, 2006, Universidad de Deusto, Bilbao, pp. 399-422, p. 401.

⁸⁹ Art. 27 En los Estados en que existan minorías étnicas, religiosas o lingüísticas, no se negará a las personas que pertenezcan a dichas minorías el derecho que les corresponde, en común con los demás miembros de su grupo, a tener su propia vida cultural, a profesar y practicar su propia religión y a emplear su propio idioma.

particular de vida relacionado con el uso de recursos terrestres, especialmente en el caso de los pueblos indígenas. Ese derecho puede incluir actividades tradicionales tales como la pesca o la caza y el derecho a vivir en reservas protegidas por la ley.⁹⁰

Por su parte la Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial “se refiere a todas las personas de distintas razas, grupos nacionales o étnicos o pueblos indígenas”⁹¹. Según la Recomendación General No. XXIII del Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial, la Convención garantiza:

los derechos de los pueblos indígenas a poseer, explotar, controlar y utilizar sus tierras, territorios y recursos comunales, y en los casos en que se les ha privado de sus tierras y territorios, de los que tradicionalmente eran dueños, o se han ocupado o utilizado esas tierras y territorios sin el consentimiento libre e informado de esos pueblos, que adopten medidas para que les sean devueltos.⁹²

De igual manera, la jurisprudencia constante de la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha garantizado el derecho a la propiedad de los pueblos indígenas, el mismo que está reconocido en el artículo 21 de la Convención Americana⁹³. Para el Tribunal:

La estrecha vinculación de los pueblos indígenas sobre sus territorios tradicionales y los recursos naturales ligados a su cultura que ahí se encuentren, así como los elementos incorporeales que se desprendan de ellos, deben ser salvaguardados por el artículo 21 de la Convención Americana. Al respecto, en otras oportunidades, este Tribunal ha considerado que el término “bienes” utilizado en dicho artículo 21, contempla “aquellas cosas materiales apropiables, así como todo derecho que pueda

⁹⁰ Comité de Derechos Humanos, *Observación General No. 23 Derecho de las minorías Art. 27*. 50° período de sesiones, 1994., párr. 7.

⁹¹ Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial. *Recomendación General No. XXIV relativa al Art. 1 de la Convención*. 55° período de sesiones, 1999, párr. 1.

⁹² Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial, *Recomendación General No. XXIII relativa a los derechos de los pueblos indígenas*. 51° período de sesiones, 1997, párr. 5.

⁹³ Art. 21

1. Toda persona tiene derecho al uso y goce de sus bienes. La ley puede subordinar tal uso y goce al interés social.

2. Ninguna persona puede ser privada de sus bienes, excepto mediante el pago de indemnización justa, por razones de utilidad pública o de interés social y en los casos y según las formas establecidas por la ley.

3. Tanto la usura como cualquier otra forma de explotación del hombre por el hombre, deben ser prohibidas por la ley.

formar parte del patrimonio de una persona; dicho concepto comprende todos los muebles e inmuebles, los elementos corporales e incorporeales y cualquier otro objeto inmaterial susceptible de tener un valor.⁹⁴

Si bien estas normas de derecho internacional de derechos humanos, no se refieren explícitamente, ni específicamente a derechos de los pueblos indígenas, de su aplicación se desprende que, al igual que la Declaración de Derechos de los Pueblos Indígenas y el Convenio No. 169 de la OIT, son normas internacionales que garantizan derechos a los pueblos indígenas.

La relación entre los pueblos indígenas y los instrumentos jurídicos descritos anteriormente verifica el primer requisito para que exista un sujeto del derecho internacional: los pueblos indígenas tienen derechos garantizados por normas del derecho internacional. Queda por revisar si existen procedimientos internacionales con los que cuentan estos pueblos para hacer efectivos sus derechos para verificar si los pueblos indígenas tienen personalidad jurídica internacional.

3.3 Mecanismos de exigibilidad de derechos de los pueblos indígenas

A raíz de los instrumentos internacionales que garantizan derechos a los pueblos indígenas se han establecido procedimientos contenciosos para que estos derechos puedan ser exigidos. Los procedimientos revisados a continuación son calificados como contenciosos en la medida que establecen una serie de etapas procesales en orden a que un organismo internacional establezca si existió un incumplimiento de una obligación internacional por parte de los Estados que vulneró derechos de los pueblos indígenas⁹⁵. Son cuatro los procedimientos contenciosos que se caracterizan por establecer actos procesales para determinar si existe una vulneración de los derechos de los pueblos indígenas, no obstante solo el proceso contencioso ante el Sistema Interamericano de Derechos Humanos es un proceso judicial. A los demás la doctrina

⁹⁴ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso de la Comunidad Mayanga (Sumo) Awes Tingi*, 1 de febrero de 2000, párr. 144; y *Caso de la comunidad indígena Yackye Axa*, 17 de junio de 2005, párr. 119.

⁹⁵ James Anaya, *Indigenous Peoples in International Law*, Op. Cit., p. 228.

ha optado por llamarlos “cuasi judiciales” en la medida en que al culminarse no dictan sentencias de obligatorio cumplimiento, sino recomendaciones⁹⁶.

Uno de los procedimientos existentes para hacer efectivos los derechos del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos es el establecido en el Protocolo Facultativo de este tratado. Los Estados partes de este protocolo reconocen la competencia del Comité de Derechos Humanos para que reciba “comunicaciones” de individuos sometidos a su jurisdicción que reclaman por los derechos establecidos en el Pacto. Estas comunicaciones son sometidas a conocimiento del Comité, se decide si existió una violación del Pacto y se publican. No obstante, el Comité ha interpretado que el derecho a la autodeterminación no puede ser alegado, porque si bien está reconocido en el artículo 1 del Pacto, está reconocido a los “pueblos”, no a los “individuos”, que son quienes pueden acudir -según el Protocolo Facultativo- al Comité para presentar comunicaciones⁹⁷.

También existe el procedimiento de controversia del Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial (CEDR), que le permite recibir quejas por incumplimientos de las obligaciones de todos los Estados parte de la Convención Internacional sobre la

⁹⁶ Ver: Naciones Unidas. *Selección de Decisiones del Comité de Derechos Humanos Adoptadas con Arreglo al Protocolo Facultativo*. Nueva York y Ginebra, 2002, página 1.⁹⁷ A modo de ejemplo se puede citar el caso contencioso ante el Comité de Derechos Humanos de *Howard v. Canadá*, donde el peticionante, miembro de la nación indígena Hiawatha alegaba que el Estado había vulnerado su derecho a la integridad cultural al dar por terminados los “Acuerdos de Cosecha y Conservación” firmados con naciones indígenas canadienses, restringiendo sus actividades de pesca. En este caso el Comité reconoce que el demandante es parte de una minoría, que la integridad cultural de la misma está protegida por el Art. 27 del PIDCP, y en ese sentido considera que la pesca hace parte de sus prácticas culturales. Sin embargo, el Comité consideró que la existencia de una regulación para la pesca no significa una prohibición de dicha actividad. Además, no existen pruebas que demuestren que esa regulación signifique que de facto esté impedido el peticionante y su comunidad de realizar actividades de pesca necesarias para mantener la integridad cultural de su comunidad. Por lo que el Comité no encontró una violación del Pacto. Comité de Derechos Humanos, *George Howard v. Canadá*, Comunicación 879/1999, 26 de Julio de 2005.

⁹⁷ A modo de ejemplo se puede citar el caso contencioso ante el Comité de Derechos Humanos de *Howard v. Canadá*, donde el peticionante, miembro de la nación indígena Hiawatha alegaba que el Estado había vulnerado su derecho a la integridad cultural al dar por terminados los “Acuerdos de Cosecha y Conservación” firmados con naciones indígenas canadienses, restringiendo sus actividades de pesca. En este caso el Comité reconoce que el demandante es parte de una minoría, que la integridad cultural de la misma está protegida por el Art. 27 del PIDCP, y en ese sentido considera que la pesca hace parte de sus prácticas culturales. Sin embargo, el Comité consideró que la existencia de una regulación para la pesca no significa una prohibición de dicha actividad. Además, no existen pruebas que demuestren que esa regulación signifique que de facto esté impedido el peticionante y su comunidad de realizar actividades de pesca necesarias para mantener la integridad cultural de su comunidad. Por lo que el Comité no encontró una violación del Pacto. Comité de Derechos Humanos, *George Howard v. Canadá*, Comunicación 879/1999, 26 de Julio de 2005.

Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial. Según el Art. 14 el CEDR solo puede recibir peticiones de “individuos” o “grupos de individuos” si el Estado parte ha realizado una declaración reconociendo la competencia del CEDR para hacerlo. Una vez recibidas las peticiones, estas son analizadas y finalmente el CEDR decide si existió una violación y publica su decisión.

Por otro lado, en la OIT existen dos procedimientos regulados por la Constitución de ese organismo⁹⁸. En primer lugar, el procedimiento de reclamaciones, regulado en el art. 24 de ese instrumento internacional, según el cual cualquier organización de trabajadores o empleadores puede reclamar que un Estado no ha cumplido con las obligaciones de alguno de los Convenios de los que hace parte, dirigiéndose para esto a la Oficina Internacional del Trabajo⁹⁹. La reclamación es revisada por un Comité de tres delegados del Consejo de Administración: un representante de los trabajadores, uno de los empleadores y un representante del Estado en cuestión. Dicho Comité solicita un comentario al gobierno del Estado parte acusado y en base a lo investigado, hace un reporte con comentarios al Consejo de Administración de la OIT. Si este Consejo considera que es insatisfactoria la respuesta del Estado, publica la reclamación y los comentarios del Comité. La publicación del comentario del Comité procura hacer que el Estado tome una acción para remediar el incumplimiento del Convenio cuya aplicación se reclama¹⁰⁰. Al decir de Luis Rodríguez-Piñero:

⁹⁸ *Constitución de la Organización Internacional del Trabajo*. Adoptada en Filadelfia, 9 de octubre de 1944.

⁹⁹ Art. 24 Toda reclamación dirigida a la Oficina Internacional del Trabajo por una organización profesional de empleadores o de trabajadores en la que se alegue que cualquiera de los Miembros no ha adoptado medidas para el cumplimiento satisfactorio, dentro de su jurisdicción, de un convenio en el que dicho Miembro sea parte podrá ser comunicada por el Consejo de Administración al gobierno contra el cual se presente la reclamación y podrá invitarse a dicho gobierno a formular sobre la materia la declaración que considere conveniente.

¹⁰⁰ Ver: James Anaya, *Indigenous Peoples in International Law*, Op. Cit., p. 249. El procedimiento de reclamación ante la OIT ha sido utilizado numerosas veces por los pueblos indígenas a través de organizaciones laborales que tienden ser afines a sus reivindicaciones. Ese fue el caso de la reclamación interpuesta por la Confederación Ecuatoriana de Organizaciones Sindicales Libres (CEOSL) contra el Estado ecuatoriano por la falta de consulta previa a las comunidades indígenas shuar sobre la explotación petrolera del Bloque 24, que afectaba al 70% del territorio de este pueblo. En lugar de llevar a cabo un diálogo con instancias representativas de la comunidad, el estado ecuatoriano habría conversado con pequeños grupos, con el afán de dividir al pueblo shuar. Terminado el proceso de reclamación el Comité recomendó al Estado realizar la consulta previa antes del inicio de la explotación hidrocarburíferas, realizándola a través de la Federación Independiente del Pueblo Shuar (FIPSE), que es el órgano representativo de la comunidad. En este caso se hace evidente una de las deficiencias importantes de los procedimientos ante la OIT: conforme a las normas de esta organización, los pueblos indígenas no pueden iniciar procedimientos directamente, sino que dependen de que una organización de trabajadores o empleadores tutele, al estilo del siglo XIX, sus derechos. Por esta razón fue la CEOSL y no la FIPSE la que presentó el caso ante la OIT.

El procedimiento de queja es el menos fuerte contra los Estados que incumplen un Convenio y, por esta razón, no resulta un mecanismo conveniente en casos de graves y sistemáticas violaciones de derechos humanos. Sin embargo representa uno de los más flexibles y simples ejemplos de procedimientos internacionales de controversia de derechos humanos¹⁰¹

El segundo procedimiento es el de queja, que está establecido en el art. 26 de la Constitución de la OIT¹⁰². Este procedimiento puede ser iniciado por un Estado que reclama que otro Estado ha incumplido una Convención por ambos ratificada, o por delegados de trabajadores o empleadores a la Conferencia Internacional del Trabajo. Inclusive el Consejo de Administración de la OIT puede iniciar el procedimiento por su propia iniciativa. Es este último quien, una vez que conoce la queja, puede solicitar al gobierno contra el cual se reclama que realice sus comentarios, para posteriormente conformar una Comisión de Encuesta que puede realizar audiencias formales, solicitar escritos e inclusive realizar visitas a los Estados en cuestión. Al terminar el proceso la Comisión puede presentar recomendaciones para que el Estado tome medidas correctivas para cumplir con sus obligaciones respecto al Convenio sobre el que ha versado el procedimiento. Las decisiones de la Comisión son apelables a la Corte Internacional de Justicia, cuya decisión es definitiva¹⁰³.

A diferencia de los anteriores mecanismos –el de comunicaciones del Comité de Derechos Humanos, el de comunicaciones del Comité Para la Eliminación de la Discriminación, los de reclamación y queja de OIT- el procedimiento regional de protección de derechos de los pueblos indígenas, este sí de carácter judicial, es el

¹⁰¹ Luis Rodríguez-Piñero, “Historical Anomalies, Contemporary Consequences: International Supervision of the ILO Convention On Indigenous and Tribal Peoples (No. 169)”, *Op. Cit.*, página 58. Traducción del Autor.

¹⁰² Artículo 26

1. El Consejo de Administración podrá, si lo considerare conveniente y antes de referir el asunto a una comisión de encuesta, según el procedimiento que más adelante se indica, ponerse en relación con el gobierno contra el cual se presente la queja, en la forma prevista en el artículo 24.

2. Si el Consejo de Administración no considerase necesario comunicar la queja al gobierno contra el cual se haya presentado, o si, hecha la comunicación, no se recibiere dentro de un plazo prudencial una respuesta que le satisfaga, el Consejo de Administración podrá nombrar una comisión de encuesta encargada de estudiar la cuestión planteada e informar al respecto.

3. El Consejo podrá seguir el mismo procedimiento de oficio o en virtud de una queja presentada por un delegado de la Conferencia.

¹⁰³ Artículo 32

La Corte Internacional de Justicia podrá confirmar, modificar o anular las conclusiones o recomendaciones que pudiere haber formulado la comisión de encuesta.

contencioso ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos, de conformidad al Art. 60 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos¹⁰⁴. Sin embargo, antes de llegar a la Corte, las comunidades indígenas tienen que someter su petición primeramente a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. La importancia de este procedimiento es que:

[e]l Tribunal ha establecido que los derechos de los miembros de las comunidades indígenas no son estudiados y considerados exclusivamente desde la óptica individual. Al contrario, para la Corte, la comunidad misma es un sujeto jurídico dotado de singularidad propia. Efectivamente, la personería jurídica, según la Corte, es el mecanismo legal que les confieren a los pueblos y comunidades indígenas las facultades necesarias para gozar de ciertos derechos fundamentales y exigir su protección cada vez que estos sean vulnerados.¹⁰⁵

Ante jurisdicción de la Corte se han conocido numerosos casos sobre pueblos indígenas. A más del los referido derecho a la propiedad colectiva de territorios ancestrales, se conoció el caso Aloboetoe contra el Estado de Surinam sobre el matroto y ejecución de 6 indígenas saramkas de quienes se sospechaba que pertenecían a grupos rebeldes¹⁰⁶; el caso de Moiwana contra Surinam por el ataque militar contra indígenas saramakas el 29 de noviembre de 1986, donde se calculó que murieron 39 personas y 130 fueron obligadas a desplazarse¹⁰⁷; entre otros casos que han posesionado a esta Corte como una instancia internacional de efectiva garantía de los derechos de los pueblos indígenas.

No obstante, como señalábamos anteriormente, solo en el proceso ante la Corte Interamericana estamos ante un procedimiento judicial, lo que no resta fuerza a la afirmación de que todos los procedimientos revisados en este apartado son mecanismos de exigibilidad de derechos reconocidos por normas del derecho internacional a través de los cuales la comunidad internacional hace un escrutinio de la actuación del Estado

¹⁰⁴ Art. 61.1 Sólo los Estados Partes y la Comisión tienen derecho a someter un caso a la decisión de la Corte.

¹⁰⁵ Ludovic Hennebel, "La Convención Americana de Derechos Humanos y la Protección de los Derechos de los Pueblos Indígenas". *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, nueva serie, año XLVIII, N. 127, enero-abril de 2010, p. 131-177, p. 145.

¹⁰⁶ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Aloboetoe*, 4 de diciembre de 1991.

¹⁰⁷ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso de la Comunidad de Moiwana*, 15 de junio de 2005.

para verificar el cumplimiento de sus obligaciones internacionales respecto a los pueblos indígenas.

Por lo tanto, queda demostrado que existen tratados de derecho internacional que establecen obligaciones concretas a los Estados frente a los pueblos indígenas; que además existen mecanismos de demanda y queja ante organismos internacionales para la exigencia de los derechos de estos pueblos; y que incluso los pueblos indígenas han participado de manera decisiva en la elaboración de instrumentos internacionales como la Declaración de Derechos de los Pueblos Indígenas. Por todo lo anterior “podemos afirmar que los pueblos indígenas gozan de cierta personalidad jurídica en el derecho internacional”¹⁰⁸. Siguiendo a Antonio Cassese, a diferencia de los Estados, todos los demás sujetos del derecho internacional, tienen una *capacidad jurídica limitada*¹⁰⁹, lo que también se ve reflejado en el limitado acceso que tienen los pueblos indígenas en la exigencia de sus derechos¹¹⁰, no obstante esto no contradice, sino reafirma, que pueblos indígenas tienen personalidad jurídica en el derecho internacional, aunque ésta sea distinta a la del Estado, por ser de distinto alcance.

Si comparamos, la primera parte, referida al individuo, y la segunda parte referida a los pueblos indígenas, podemos encontrar que existe un paralelismo histórico entre ambos sujetos del derecho internacional. En los albores de esta disciplina ambos sujetos eran reconocidos y sus derechos significaban un límite para el actuar del Estado. No obstante la presencia de ambos, individuos y pueblos indígenas, se vio disminuida por las teorías políticas y jurídicas, de Hobbes, Hegel y Vattel, y se vieron eliminados con el positivismo jurídico que reconocido poderes ilimitados fuera de su consentimiento en el siglo XIX y hasta mediados del XX. No obstante, en la nueva configuración del orden internacional posterior a la segunda guerra mundial, primero el individuo y luego los pueblos indígenas han sido sujetos del reconocimiento de derechos a través de normas

¹⁰⁸ Natalia Álvarez, *El Sujeto Indígenas y el Derecho de Autodeterminación en la Declaración de Naciones Unidas Sobre Derechos de los Pueblos Indígenas: ¿Tienen Los Pueblos Indígenas Personalidad Jurídica Internacional?*, *Op. Cit.*, p. 220.

¹⁰⁹ Antonio Cassese, *International Law, Op. Cit.*, p. 72.

¹¹⁰ “La efectividad de los procedimientos se mantiene constreñida por la inherente debilidad del sistema de derecho internacional de derechos humanos debida a las configuraciones de autoridad a favor de la discrecionalidad del Estado especialmente en relación con asuntos relacionados con el agotamiento de recursos internos del Estado”. James Anaya, *Indigenous Peoples in International Law, Op. Cit.*, p. 248.

del derecho internacional y paulatinamente se han establecido procedimientos para exigirlos.

A continuación es importante determinar si la personalidad jurídica internacional de los pueblos indígenas, además de las facultades ya revisadas, les permite suscribir tratados con sus propios Estados.

CAPITULO 2

Bilateralidad en las relaciones entre Estado y pueblos indígenas: el derecho al consentimiento previo, libre e informado y el derecho a suscribir tratados y acuerdos

1. El paradigma garantista en el derecho internacional

Partiendo del hecho de que los pueblos indígenas son sujetos del derecho internacional, siendo titulares de derechos garantizados por normas internacionales, el paradigma garantista del derecho expuesto por Luigi Ferrajoli nos permite profundizar sobre el alcance que tienen estos derechos.¹¹¹ Se debe aclarar que si bien en un inicio, y de manera más extendida, los planteamientos garantistas han sido pensados para el ordenamiento jurídico interno de un Estado constitucional, este paradigma puede expandirse en el ámbito internacional y no solo estatal, como ha señalado el propio autor¹¹². Para el garantismo el derecho internacional tiene como principal objetivo que se respete la paz y se hagan efectivos los derechos fundamentales estipulados en instrumentos internacionales vigentes. Con este fin el garantismo plantea la necesidad de que se creen instituciones de garantías de derechos fundamentales que observen el cumplimiento de las normas que los consagran por parte de los Estados¹¹³. En palabras de Ferrajoli:

[L]o que importa para que el paradigma llegue a funcionar como técnica de tutela de los principios y de los derechos fundamentales que a él se vayan incorporando, es su modelo normativo, esto es, la positivación de un ‘deber ser del derecho’ [el derecho fundamental] en normas jurídicas de rango superior a todas las demás.¹¹⁴

La importancia de los derechos fundamentales en el derecho internacional, hace que para el garantismo no sea asunto de esta disciplina las relaciones interestatales, sino la de los Estados con sus habitantes, en cuanto los derechos fundamentales –al estar

¹¹¹ Ver: Luigi Ferrajoli, *Derechos y Garantías, La ley del más débil*. Editorial Trotta, Madrid, 2001 y *Garantismo, Una discusión sobre derecho y democracia, Op. Cit.*

¹¹² Luigi Ferrajoli, *Derechos y Garantías, La ley del más débil., Op. Cit.*, p. 113.

¹¹³ *Ibíd.*, p. 117.

¹¹⁴ *Ibíd.*, p. 30.

consagrados en instrumentos internacionales- son de preocupación internacional. A decir de Ferrajoli, el garantismo en el derecho internacional:

Interpreta la conducta de los Estados en sus relaciones recíprocas y en las relaciones con sus ciudadanos –guerras, masacres, torturas, ataques a la libertad, amenazas al medio ambiente, condiciones de miseria y de hambre en que viven un amplísimo número de personas- no como tales naturales, y tampoco como simples ‘injusticias’ respecto de un utópico deber ser moral o político, sino como otras tantas violaciones jurídicas respecto del deber ser del derecho internacional vigente, tal como hoy ha sido proclamado ya en sus principios fundamentales.¹¹⁵

Pero además, siendo que la vulneración de derechos fundamentales, consagrados en instrumentos de derechos humanos, constituyen violaciones jurídicas, deben estar garantizadas por instancias superiores a los Estados que deben estar facultadas para calificar como inválidos los actos estatales que las contravengan, sostiene el propio Ferrajoli.

Con estos antecedentes, en el presente capítulo el objetivo será determinar cuál es el derecho vigente respecto a la facultad de los pueblos indígenas de suscribir tratados con los pueblos indígenas en el derecho internacional contemporáneo, para lo cual me remitiré a la Declaración de Naciones Unidas sobre Derechos de los Pueblos Indígenas que garantiza y positiviza los derechos fundamentales de dichos pueblos. Si esta existe facultad de los pueblos indígenas, en tanto derecho fundamental de los pueblos indígenas positivizada en una norma internacional, la pregunta obligada, de acuerdo al paradigma garantista es qué mecanismo existe para hacer efectivo ese derecho. Asunto que se trataré no en este, sino en el capítulo 3 de la presente investigación.

En orden a alcanzar el objetivo planteado en el presente capítulo, el primer objetivo específico será determinar si la DNUDPI es un instrumento internacional con valor jurídico para los Estados. Antes de analizar derechos específicos de los pueblos indígenas, analizaré el contenido del principio de la autodeterminación, reconocido por la Declaración y que permite interpretar los demás derechos de los pueblos indígenas.

¹¹⁵ Luigi Ferrajoli, *Derechos y Garantías, La ley del más débil, Op. Cit.*, p. 148.

En tercer lugar, analizaré el contenido del derecho al consentimiento previo, libre e informado y la facultad de los pueblos indígenas de suscribir tratados con los Estados, dado que son instituciones jurídicas íntimamente relacionadas y que una a la otra iluminan su interpretación.

2. El valor jurídico de la Declaración de Naciones Unidas

Es de común acuerdo que las resoluciones de la Asamblea General no son por sí mismas actos creadores de derecho porque la Asamblea no tiene facultades legislativas. No obstante, por el diálogo existente en la comunidad internacional antes de que se emita una resolución de esa instancia y por la práctica general de los Estados, estas resoluciones pueden cristalizar normas consuetudinarias internacionales¹¹⁶. En ese razonamiento la Corte Internacional de Justicia, en el caso de las Actividades Militares y Paramilitares en y contra Nicaragua manifestó que se puede evidenciar una regla consuetudinaria por “la actitud de las partes y la actitud de los Estados en ciertas resoluciones de la Asamblea General”¹¹⁷, porque si un Estado aprueba una resolución de este tipo expresa su “aceptación de la validez de dicha regla o conjunto de reglas declarados por la propia resolución”¹¹⁸. Por esta razón la Corte en dicho caso consideró cristalizada en la costumbre internacional la prohibición de la amenaza y uso de la fuerza contra un Estado independiente, pues los Estados así lo habían declarado en una resolución de la AGNU¹¹⁹. Así también existen “convenciones multilaterales pero

¹¹⁶ Peter James Nkambo Mugerwa, *Sujetos de derecho internacional*. Varios Autores, Manual de Derecho Internacional Público. Editado por Max Sorensen, Fondo de Cultura Económica, Décima Reimpresión, México D.F., 2008, p. 188. Antonio Cassese, *International Law, Op. Cit.*, p. 168. Según Jiménez de Aréchaga “[l]os tratados de codificación y los textos de resoluciones normativas de la ONU pueden producir, respecto a la costumbre, tres efectos: uno *declaratorio* de una costumbre ya existente a la que aporta una expresión escrita; otro que *cristaliza* una costumbre naciente, cuyo proceso de maduración como regla consuetudinaria es llevado a término mediante la elaboración, la negociación y la adopción del tratado, de forma que la regla consuetudinaria y su reflejo codificado terminan su recorrido al mismo tiempo y un tercer efecto generador de una *nueva costumbre*”. En Julio Barboza, *Derecho Internacional Público, Op. Cit.*, p. 97

¹¹⁷ Corte Internacional de Justicia, *Caso concerniente a las Actividades Militares y Paramilitares en y contra Nicaragua*, Nicaragua contra Estados Unidos de América, 27 de junio de 1986, párr. 188. Traducción del autor.

¹¹⁸ *Ibíd.*

¹¹⁹ En dicho caso la Corte se refería a la resolución 2625 (XXV) de la AGNU, titulada “Declaración Relativa a los Principios de Derecho Internacional Referentes a las Relaciones de Amistad y cooperación entre los estados de Conformidad con la Carta de las Naciones Unidas”, 24 de octubre de 1970.

todavía no vinculantes [que] son frecuentemente consideradas que tienen un valor que evidencia de costumbre internacional”¹²⁰, afirma la Comisión de Derecho Internacional.

Revisemos lo anterior más detenidamente. Para que se consolide una norma consuetudinaria es necesario que converjan dos elementos: la práctica uniforme de un acto (*usus or diuturnitas*) y la convicción de que aquella práctica esté inspirada en el derecho (*opinio juris*)¹²¹. Antes, necesariamente se requería que se de la práctica uniforme de un acto por un tiempo prolongado –incluso inmemorial- y después que exista la convicción de que esta práctica está inspirada en derecho. En la llamada –en términos de Julio Barboza- *nueva costumbre* ese orden se modifica, lo que primero se da es el elemento del *opinio juris*, el elemento subjetivo: a través de instituciones intergubernamentales y de medios de comunicación apropiados entre los Estados y nuevos actores del derecho internacional se llega a consensos sobre textos que consideran que serían en el futuro prácticas jurídicamente válidas. Posteriormente, existe un proceso - mucho más corto al de la antigua costumbre internacional- de práctica estatal que permite que emerja la norma consuetudinaria¹²². Esta reducción del período formativo de la costumbre se respalda en la afirmación de la Corte Internacional de Justicia, que en el caso de la Plataforma continental del Mar del Norte afirmó que “el hecho de que no haya transcurrido *sino un breve lapso* no constituye necesariamente por sí solo un impedimento a la formación de una nueva regla de derecho internacional consuetudinario”¹²³.

Es por eso que Julio Barboza hace la siguiente explicación sobre las resoluciones que cristalizan normas consuetudinarias:

¹²⁰ International Law Commission. “Ways and means for making the evidence of customary international law more readily available”. Year Book of International Law Commission, Vo. II 1950, p. 368. Traducción del autor.

¹²¹ Ver: Antonio Cassese, *International Law, Op. Cit.*, p. 156.

¹²² A decir de James Anaya: Con el advenimiento instituciones intergubernamentales modernas y el aumento de los medios de comunicación, estados y otros actores relevantes se comprometen crecientemente al diálogo. Especialmente en reuniones multilaterales, comunicaciones explícitas de este tipo pueden hacer converger el entendimiento sobre la expectativa que se tiene de las reglas. James Anaya, “Emergence of Customary International Law Concerning the Rights of Indigenous Peoples”. En *Law and Antropology, Op. Cit.*, p. 128. Traducción del autor.

¹²³ Corte Internacional de Justicia, *Caso de la Plataforma continental del mar del Norte*, 20 de febrero de 1969, p. 43. Traducción del autor.

[A]hora la regla misma está preparada cuidadosamente en un texto que no se inspira enteramente en actos pasados, sino que prevé conductas futuras. En el caso de las resoluciones normativas de la Asamblea General, el asentimiento general de la comunidad internacional está parcialmente adelantado. [...] Podría expresarse que este proceso es inverso al anterior, y que la norma está ya dada y a disposición del intérprete, sólo que su texto y su adopción por la Asamblea General o por el tratado codificador no son suficientes para declararlas costumbre y tendrá que pasar por un proceso, mucho más breve que en la antigua costumbre pero proceso al fin, al cabo del cual de una forma o de otra su aceptación por la Comunidad Internacional en su conjunto se haga explícita.¹²⁴

La norma consuetudinaria internacional se cristaliza entonces cuando un número importante de Estados y otros actores autorizados convergen en un entendimiento común de los contenidos y conductas futuras generalmente espectadas de dicha norma que se expresa en la resolución de la Asamblea General¹²⁵.

En lo que a este estudio refiere, la resolución de la AGNU que aprueba la DNU DPI cristaliza una norma consuetudinaria. El tiempo en que se formó la *opinio juris* o el elemento subjetivo tuvo lugar en la discusión del Grupo de Trabajo sobre Poblaciones Indígenas de Naciones Unidas entre expertos, delegados de Estados y de organizaciones indígenas durante 22 años del Proyecto de Declaración. Este proceso sólo terminó con la aprobación del texto final el 13 de septiembre del año 2007 en la Asamblea General de Naciones Unidas (Capítulo 1). Mientras que el elemento objetivo o *usus* se ha consolidado durante la discusión y después de la aprobación de la Declaración del año 2007 a través de la práctica de los Estados -que a nivel internacional e interno- ha reflejado la aceptación de las reglas de regulación que plantea ese instrumento respecto a los pueblos indígenas.

La práctica internacional durante la discusión y después de la aprobación de la Declaración y que refleja la aceptación de las reglas de este instrumento es la siguiente. Primeramente, a nivel internacional los Estados adoptaron el Convenio No. 169 de la OIT en el año de 1989 que en muchos aspectos sigue el texto de la Declaración. El borrador de este Convenio fue aprobado por consenso por el Comité responsable y el

¹²⁴ Julio Barboza, *Derecho Internacional Público, Op. Cit.*, p. 98.

¹²⁵ James Anaya, *Indigenous Peoples in International Law, Op. Cit.*, p. 128.

instrumento fue adoptado como una amplia mayoría en la Conferencia Internacional del Trabajo¹²⁶. Adicionalmente, a nivel internacional, la Asamblea General de la Organización de Estados Americanos aprobó que la Comisión Interamericana de Derechos Humanos desarrolle un ‘instrumento jurídico’ que se reflejó en el Proyecto de Declaración Americana de Derechos de los Pueblos Indígenas que reconoce derechos de la misma naturaleza que el instrumento de la ONU¹²⁷. Al revisar estos textos, se puede decir que “los textos de la Convenio de la OIT, [el borrador] de Naciones Unidas y el de la OEA presuponen que los pueblos indígenas existirán como parte de los Estados que se han construido a su alrededor, pero con un grupo robusto de derechos, incluyendo derechos relacionados con el territorio, recursos naturales, cultura y autonomía en la toma de decisiones”¹²⁸. A más de la discusión de estos instrumentos internacionales, a nivel internacional se han iniciado procesos contenciosos ante organismos internacionales (ante el Comité de Derechos Humanos, el Comité para la eliminación de la Discriminación Racial y ante la Corte Interamericana) por el respeto a los derechos de los pueblos indígenas que reconoce al Declaración.

Mientras que a nivel interno, los Estados han reconocido de distintas formas los derechos de los pueblos indígenas que reconoce la Declaración. En Canadá la Constitución de 1982 afirma que los existentes “derechos originarios y de Tratados de los pueblos aborígenes de Canadá son de ahora en adelante reconocidos y afirmados”, a lo que se añade límites a los actos legislativos que restrinjan o extingan derechos de los pueblos indígenas¹²⁹. Así lo refleja la Constitución Brasileña de 1988 que reconoce el derecho a la tierra de los pueblos indígenas, su organización social, costumbres, creencias y tradiciones¹³⁰. La Constitución Colombiana de 1991 reconoce a los indígenas una representación mínima en el Senado¹³¹. Mientras que otros países han

¹²⁶ La votación fue de 328 votos a favor, 1 en contra y 49 abstenciones. El voto en contra fue el del delegado de los empleadores de Holanda. Conferencia Internacional de Trabajo, Registro Provisional 32, 76th Sess. At 32/17-32/19 (1989).

¹²⁷ *Proyecto de Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas*. Aprobada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Reporte Anual, 1997, p. 654-676.

¹²⁸ James Anaya, *Indigenous Peoples in International Law, Op. Cit.*, p. 129. En el texto citado se dice “borrador de Naciones Unidas”, porque para el tiempo en que fue escrito solo existía un borrador de la Declaración de Naciones Unidas y todavía no se había aprobado en el seno de la Asamblea General. Traducción del autor.

¹²⁹ Canadian Constitution, 1992, part II: Rights of Aboriginal Peoples of Canada.

¹³⁰ Constituição do Brasil, Título VIII, 1988.

¹³¹ Constitución de Colombia, 1991. ART. 171: El Senado de la República estará integrado por ochenta y tres (83) senadores, elegidos de la siguiente manera: setenta y ocho (78) elegidos, en circunscripción

realizado decisiones judiciales que han marcado precedentes como el celebre caso de *Mabo v. Queensland*¹³² de la Suprema Corte de Australia que permitió garantizar derechos de tierras de posesión ancestral y que además impulso *The Native title Act* en 1993, que creó un tribunal nacional para las reclamaciones de tierra indígenas. Así también el caso de la comunidad indígena *Hoktek t'oi pueblo Wichi v. Secretaria de Medio Ambiente y Desarrollo* que mediante una acción de amparo lograron que se deje sin efecto una autorización de tala del bosque que pertenecía a su territorio en Argentina¹³³. Estos son contados ejemplos, de innumerables medidas tomadas por los Estados en su práctica interna e internacional que reflejan patrones de comportamiento estatal consistentes con los derechos que se reconocieron en la Declaración de Naciones Unidas sobre los Derechos sobre los Pueblos Indígenas.

A más de estas prácticas estatales que fueron paralelas a la discusión de la Declaración, la Corte Interamericana de Derechos Humanos y los Estados han ratificado esta posición favorable a los derechos de los pueblos indígenas con posterioridad a la aprobación del instrumento. Muestras de ello son la sentencia de la Corte Interamericana de *Saramaka contra Surinam* donde se remite al Art. 32 de la Declaración para establecer que el Estado vulneró el derecho al consentimiento previo libre e informado que tienen las comunidades cuando se realiza un proyecto de desarrollo, que es una garantía del derecho a la propiedad garantizado por la Convención Americana sobre Derechos Humanos¹³⁴. También después de la aprobación de la Declaración la Corte Suprema de Justicia de Belice, en octubre de 2007, aceptó el reclamo de comunidades mayas sobre tierras ancestrales a partir de las disposiciones de la Declaración de la ONU considerando que contiene principios generales de derecho internacional¹³⁵.

nacional, dos (2) elegidos en circunscripción nacional especial por comunidades indígenas, y tres (3) en circunscripción nacional especial de minorías políticas.

¹³² Corte Suprema de Australia, *Mabo v. Queensland*, 3 de junio de 1992.

¹³³ Corte Suprema Justicia de la Nación, *Caso de la comunidad indígena Hoktek t'oi pueblo Wichi v. Secretaria de medio Ambiente y Desarrollo*, 8 de septiembre de 2003. Este caso y otros son revisados en: Organización Internacional del Trabajo. *Aplicación del Convenio No. 169 de la OIT por Tribunales Nacionales e Internacionales en América Latina, una recopilación de casos. OIT, Programa para promover el Convenio No. 169 de la OIT*. Ginebra, 2009.

¹³⁴ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso de la comunidad indígena de Saramaka*, 28 de noviembre de 2007, párr. 131.

¹³⁵ Corte Suprema de Belice, *Aurelio Cal por derecho propio y en nombre de la Comunidad Maya de Santa Cruz y otros v. Procurador General de Belice y otros*, fallo de 17 de octubre de 2007.

Por su parte, la Constitución de Ecuador reconoce el derecho a la autodeterminación de pueblos indígenas no contactados e incorpora al *bloque de constitucionalidad* los derechos de la Declaración¹³⁶. Adicionalmente la Constitución de Bolivia de 2009 garantiza el derecho a la libre determinación y territorialidad a los pueblos indígenas a las naciones y pueblos indígenas¹³⁷; antes el Senado Boliviano aprobó a la DNUDPI como Ley el 1 de noviembre de 2007.

Desde esta perspectiva, desde que se inicia la discusión del Proyecto de DNUDPI en 1985 hasta 2007, se formula en ese diálogo el elemento subjetivo de la costumbre internacional. Paralelamente, mientras se discutía la Declaración, se fue desarrollando el elemento objetivo en la medida que los Estados realizaron prácticas internacionales e internas consistentes con los derechos que reconoce este instrumento. De tal forma, que la proclamación de la Declaración en el año 2007 cristalizó la costumbre que se fue consolidando en la comunidad internacional 22 años atrás. Adicionalmente, esta norma consuetudinaria se ha confirmado con las prácticas estatales posteriores a la proclamación del instrumento, confirmando su vigencia en el derecho internacional. Es por esto que podemos decir que la DNUDPI constituye una norma consuetudinaria internacional.

Finalmente, se debe señalar, que a diferencia de los tratados, las normas consuetudinarias son vinculantes para todos los miembros de la comunidad internacional, salvo la existencia de un *objedor persistente*¹³⁸, es decir “un Estado que durante el período de formación de una costumbre, se ha opuesto invariablemente a que

¹³⁶ Constitución del Ecuador, 2008. Art. 57. 21 Art. 57.- Se reconoce y garantizará a las comunas, comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas, de conformidad con la Constitución y con los pactos, convenios, *declaraciones* y demás instrumentos internacionales de derechos humanos, los siguientes derechos colectivos:

Los territorios de los pueblos en aislamiento voluntario son de posesión ancestral irreductible e intangible, y en ellos estará vedada todo tipo de actividad extractiva.

El Estado adoptará medidas para garantizar sus vidas, hacer respetar su *autodeterminación* y voluntad de permanecer en aislamiento, y precautelar la observancia de sus derechos. (itálicas añadidas)

¹³⁷ Constitución Política del Estado Plurinacional de Bolivia, 2009. Art. 30: II. En el marco de la unidad del Estado y de acuerdo con esta Constitución las naciones y pueblos indígena originario campesinos gozan de los siguientes derechos: 4. A la libre determinación y territorialidad.

¹³⁸ Antonio Cassese, *International Law, Op. Cit.*, p. 162. El autor señala que “[e]n la actualidad, cuando la costumbre gradualmente se cristaliza en la comunidad mundial, las reglas consuetudinarias no necesitan ser apoyadas o consentidas por todos los Estados. [...] Los Estados deben estar vinculados por la regla incluso si algunos de ellos han sido indiferentes, o relativamente indiferentes, a ella (uno podría pensar en la posición de países sin acceso al mar, en el proceso de formación de una regla del derecho del mar), o en ninguna instancia han expresado sea su asentimiento o oposición”. Traducción del autor.

sea aplicada a su respecto”¹³⁹. En el caso de la DNUDPI, ninguno de los cuatro Estados que emitieron votos en contra se puede considerar un objetor persistente. Como señala Anaya, “ninguno de los Estados que votaron en contra o se abstuvieron han expresado su rechazo completo a las normas incluidas en la Declaración. Por el contrario, cada uno de los Estados que votaron en contra tomó la palabra en la Asamblea General para explicar su voto y todos afirmaron su apoyo a los derechos de los pueblos indígenas en general y a su acuerdo con los puntos centrales de la Declaración, dirigiendo al mismo tiempo objeciones en contra de determinadas disposiciones”¹⁴⁰, de hecho Australia se adhirió posteriormente a la Declaración el 2 de abril de 2009. En América Latina, tras la tardía adhesión de Colombia, la aprobación de la Declaración ha sido unánime. En este escenario, la Declaración en cuanto norma consuetudinaria vincula a toda la comunidad internacional.

Por esta razón, se puede concluir que la Declaración de Naciones Unidas sobre derechos de los pueblos indígenas, cristaliza una norma consuetudinaria que establece obligaciones jurídicas a los Estados respecto a su relación estos pueblos, como se detallará a continuación.

3. El principio de autodeterminación y los pueblos indígenas

Es necesario analizar el contenido del principio de la autodeterminación, que es el núcleo unificador de las reivindicaciones de los pueblos indígenas, para tener una interpretación contextualizada de la facultad de suscribir tratados con los Estados. A través de la DNUDPI la comunidad internacional amplía el reconocimiento del derecho a la autodeterminación a los pueblos indígenas y establece en el Art. 3:

¹³⁹ Julio Barboza, *Derecho Internacional Público, Op. Cit.*, p. 105.

¹⁴⁰ James Anaya, a lo añade el autor: “Además es posible e incluso probable que las posiciones de los Estados evolucionen hacia una todavía mayor y más amplia aceptación de la normas articuladas en la Declaración. Después de elecciones y un cambio de Gobierno, Australia, uno de los países que votaron en contra, dio claras señales de un cambio de posición a favor de la Declaración, la Cámara de los Comunes del Parlamento Canadiense votó para aprobar la Declaración de la ONU e hizo un llamamiento a las autoridades del poder ejecutivo a actuar de conformidad con dicho pronunciamiento”. Por qué no debería existir una Declaración sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, en *Declaración Sobre Los Derechos de los Pueblos Indígenas, Hacia un Mundo Intercultural y Sostenible, Op. Cit.*, p. 47.

Los pueblos indígenas tienen derecho a la libre determinación. En virtud de ese derecho determinan libremente su condición política y persiguen libremente su desarrollo económico, social y cultural.

Es un derecho de igual naturaleza que el derecho a la autodeterminación que se ha reconocido a los demás pueblos. Esto se desprende primero porque el texto de la Declaración coincide exactamente con el texto de los Pactos de 1966¹⁴¹ y porque en los antecedentes de la Declaración la Asamblea General se reconoce “que la Carta de las Naciones Unidas, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, así como la Declaración y el Programa de Acción de Viena 3 afirman la importancia fundamental del derecho de *todos los pueblos* a la libre determinación, en virtud del cual éstos determinan libremente su condición política y persiguen libremente su desarrollo económico, social y cultural” (cursivas añadidas), lo que muestra la voluntad de la Asamblea de no hacer distinciones entre los pueblos en el reconocimiento de este derecho.

El hecho de que el artículo de la Declaración, en su versión oficial en español, reconozca el derecho a la “libre determinación” y no a la “autodeterminación” eventualmente podría hacer pensar que se trata de un derecho con un alcance distinto. Sin embargo, esta duda no tiene fundamento porque ambos son términos intercambiables, la doctrina se refiere a ellos indistintamente¹⁴². En todo caso, tanto las traducciones oficiales de las decisiones de la Corte Internacional de Justicia¹⁴³, como las traducciones oficiales de la Carta de Naciones Unidas, de los Pactos de 1966 y de la DNUDPI se refieren a “la libre determinación”, por lo que no hay duda de que es un mismo término al que se están refiriendo. El término “autodeterminación” resulta en una traducción alternativa de “libre determinación” solo usada por la doctrina (posiblemente motivada por lograr una traducción más literal del inglés “the right to

¹⁴¹ Ambos Pactos señalan en su Art. 1: Todos los pueblos tienen el derecho de libre determinación. En virtud de este derecho establecen libremente su condición política y proveen asimismo a su desarrollo económico, social y cultural

¹⁴² Ver: Bartolomé Clavero. *Geografía Jurídica de América Latina, Pueblos Indígenas entre Constituciones Mestizas*. Siglo XXI Editores, México, 2008, p. 203. James Anaya, *Indigenous People in International Law, Op. Cit.*, p. 129. Antonio Cassese. *Self-determination of peoples: a legal reappraisal*. Hersch Lauterpacht Memorial Lectures, Grotius Publication, Cambridge University Press, Cambridge, 1995.

¹⁴³ Corte Internacional de Justicia, *Opinión Consultiva sobre las Consecuencias Jurídicas de la Construcción de un Muro en Territorio Palestino Ocupado*, 13 de julio de 2004, párr. 88.

self-determination o del francés “le droit à l’ autodeterminación”), pero no debe pensarse que en el derecho internacional se trata de conceptos distintos.

3.1 El principio general de la autodeterminación de los pueblos y las reglas del principio

Uno de los aportes más importante de Antonio Cassese en su estudio sobre el derecho a la autodeterminación es que a través de “un escrutinio detenido de las perspectivas de los Gobiernos, de la práctica Estatal y de los pronunciamientos de los organismos internacionales tales como la Asamblea General de Naciones Unidas y la Corte Internacional de Justicia”¹⁴⁴ determina cómo se desarrollan las disposiciones de la Carta de las Naciones Unidas sobre la autodeterminación y como en el derecho internacional se consagra “un principio general y una serie de *reglas* consuetudinarias” sobre el derecho a la autodeterminación¹⁴⁵. El principio de la autodeterminación, como otros principios del derecho internacional, es “la expresión y resultado de perspectivas contrarias de los Estados sobre asuntos de crucial importancia. Cuando los Estados no pueden acordar estándares definitivos y específicos de comportamiento por sus actitudes inicialmente opuestas, pero necesitan, sin embargo, algún tipo de guía básica de conducta, sus acciones y discusiones eventualmente llegan a la formulación de principios”¹⁴⁶. Esto explica que el principio de la autodeterminación se formula de manera general en el derecho internacional, mientras que son las reglas consuetudinarias las que han establecido la regulación específica que se debe aplicar en casos concretos¹⁴⁷.

En esta línea de ideas, el principio de autodeterminación expresa la ‘necesidad de prestar consideración a la voluntad libremente expresada de los pueblos’, conforme lo expresa la Corte Internacional de Justicia, en su opinión sobre el *Sahara Occidental*¹⁴⁸. Según Cassese el principio de autodeterminación plantea un estándar general de

¹⁴⁴ Antonio Cassese, *Self-determination of peoples: a legal reappraisal*, *Op.Cit.*, p. 126. Traducción del autor.

¹⁴⁵ *Ibid.*

¹⁴⁶ *Ibid.*, p. 128.

¹⁴⁷ *Ibid.*

¹⁴⁸ Corte Internacional de Justicia, *Opinión Consultiva sobre el Sahara Occidental*, párrs. 58- 59.

comportamiento: los gobiernos no deben decidir sobre la vida y futuro de los pueblos que están en sus territorios, por el contrario son los pueblos quienes están facultados a decidir sobre su condición económica, social y política¹⁴⁹. El principio solo plantea una guía general para el Estado y por tanto actúa a modo de un estándar para las relaciones internacionales, el principio por tanto tiene un sentido lato. El principio no establece cuál debe ser el objetivo de la autodeterminación: *no establece que necesariamente* el pueblo que reivindica la autodeterminación debe alcanzar la estatalidad independiente, la integración o asociación con otro estado, el autogobierno, o sesión del Estado existente¹⁵⁰. Las reglas consuetudinarias entonces permiten la aplicación del principio a tres casos (i) pueblos que viven bajo regímenes coloniales (ii) los pueblos que viven bajo una ocupación militar extranjera (iii) los de pueblos que viven bajo regímenes de discriminación racial¹⁵¹. Para cuando Cassese escribía, en 1995, no existían reglas aplicables a los pueblos indígenas porque la DNUDPI no había sido aprobada. No obstante es pertinente revisar las reglas consuetudinarias en los tres casos referidos por Cassese.

3.1.1 El principio aplicado a situación de colonización

En los casos de pueblos que son coloniales, conforme a la Declaración sobre Relaciones de Amistad de la AGNU de 1970, la regla de aplicación del principio de autodeterminación es que dichos pueblos deben elegir entre “el establecimiento de un Estado soberano e independiente, la libre asociación o integración con un Estado independiente, o la adquisición de cualquier otra condición política libremente decidida por un pueblo”¹⁵². Para lo cual se establece que el plebiscito o el referéndum son el mecanismo adecuado para que el pueblo exprese su voluntad.

¹⁴⁹ Antonio Cassese, *Self-determination of peoples: a legal reappraisal*, *Op.Cit.*, p. 127.

¹⁵⁰ *Ibid.*, p. 128.

¹⁵¹ Sobre las situaciones donde se aplica el derecho a la libre determinación ver: Corte Internacional de Justicia, *Opinión Consultiva sobre la Concordancia con el Derecho Internacional de la Declaración Unilateral de Independencia de Kosovo*, 22 de julio de 2010, párr. 79 y Antonio Cassese, *Self-determination of peoples: a legal reappraisal*, *Op.Cit.*, p. 129.

¹⁵² *Declaración sobre los principios de derecho internacional referentes a las relaciones de amistad y a la cooperación entre los Estados de conformidad con la Carta de Naciones Unidas*. Asamblea General de Naciones Unidas, aprobada el 24 de octubre de 1970.

3.1.2 El principio aplicado a la situación de ocupación militar

En los casos de invasión militar extranjera, la regla de aplicación del principio de autodeterminación es que la fuerza ocupante deje el territorio para que cese de la agresión, piénsese en la invasión de la Unión Soviética a Afganistán o de Estados Unidos a Irak. No obstante, en los casos en que existió una confrontación previa y grave disputa del poder en el país invadido por parte de grupos internos, se requerirá una elección democrática de instituciones -en ejercicio del derecho a la autodeterminación interna- observa Cassese, remitiéndose a declaraciones en la AGNU en el caso de Cambodia¹⁵³.

3.1.3 El principio aplicado a regímenes que discriminan por razón de raza, credo o color

En el tercer caso de Estados donde existe una discriminación racial institucionalizada las reglas obligan a respetar la autodeterminación del pueblo discriminado, el Estado está obligado a “garantizar al grupo [discriminado] ejercicio de su derecho en el sentido de que puedan tomar parte del proceso de toma de decisión políticas o, si esto falla, escogiendo algún tipo de ‘autonomía interna’”¹⁵⁴. Esta obligación se deriva de una cláusula de la misma Declaración Referente a las Relaciones Amistad de 1970¹⁵⁵. En el párrafo pertinente la Declaración indica: Ninguna de las disposiciones de los párrafos precedentes se entenderá en el sentido de que autoriza o fomenta acción alguna encaminada a quebrantar o menoscabar, total o parcialmente, la integridad territorial de *Estados soberanos e independientes* que se conduzcan conforme al principio de igualdad de derechos y de la libre determinación de los pueblos antes descrito, y estén por tanto, dotados de un gobierno que represente la

¹⁵³ Ver: *Declaración de la presidencia Irlandesa*. Asamblea General de Naciones Unidas, 16-17 de febrero de 1990, doc.90/093;j 1 EPC BUL, 1990, no. 1, 107-9) ; quién declaró no solo “el total retiro de fuerza extranjeras verificadas por las Naciones Unidas”, pero también “el derecho fundamental de los Camboyanos a elegir su propio gobierno en elecciones libres, justas y supervisadas por las Naciones Unidas, en donde todos los partidos Camboyanos deben comprometerse a sí mismos en respetar los resultados de estas elecciones”. En Antonio Cassese, *Self-determination of peoples: a legal reappraisal*, Op.Cit., p. 149. Traducción del autor.

¹⁵⁴ *Ibíd.*, p. 150.

¹⁵⁵ *Declaración sobre los principios de derecho internacional referentes a las relaciones de amistad y a la cooperación entre los Estados de conformidad con la Carta de Naciones Unidas*. Asamblea General de Naciones Unidas, aprobada el 24 de octubre de 1970.

totalidad del pueblo perteneciente al territorio, sin distinción por motivos de raza, credo o color. De este texto se desprende que los Estados deben respetar la autodeterminación de la *totalidad* del pueblo, sin distinción de color. Por lo que en situaciones como las de Sudáfrica¹⁵⁶ y Rodesia del Sur¹⁵⁷ donde existía discriminación institucionalizada por razón del color, la regla de aplicación del principio de autodeterminación es que el Estado debe permitir que el grupo discriminado también acceda a instancias de toma de decisión.

3.1.4 Obligaciones *erga omnes* y de *jus cogens*

Hay que anotar, que las obligaciones internacionales que dimanen tanto del principio como las reglas de la autodeterminación son *erga omnes* es decir que vinculan a todos los miembros de la comunidad internacional porque no tienen un carácter sinalagmático¹⁵⁸. Así se desprende de la exigencia de AGNU de que la autodeterminación debe ser respetada por todo Estado, independientemente de la conducta de los demás miembros de la comunidad¹⁵⁹. Además, es común la opinión de que la autodeterminación es una norma perentoria del derecho internacional, que no puede ser derogada a través de un tratado, esto es una norma de *jus cogens*. Así lo han manifestado voces autorizadas del derecho internacional¹⁶⁰ y representantes de Estados en la Conferencia de Viena y en la Asamblea General que debatió la Declaración de Relaciones Amistad de 1970¹⁶¹.

4. Las reglas del principio de autodeterminación aplicadas a los pueblos indígenas

¹⁵⁶ Ver: Consejo de Seguridad, Resolución 417 (Relativa a la discriminación en Sudáfrica), de 31 de Octubre 1977. Asamblea General de Naciones Unidas, Resolución 41/101, de 4 de diciembre de 1986.

¹⁵⁷ Ver: Asamblea General de Naciones Unidas, Resolución 31/154 A, de 20 de diciembre de 1976. Consejo de Seguridad, Resolución 460 (Relativa a Rodesia del Sur), 21 de diciembre de 1979.

¹⁵⁸ Antonio Cassese, *Self-determination of peoples: a legal reappraisal*, *Op.Cit.*, p. 134

¹⁵⁹ *Declaración sobre los principios de derecho internacional referentes a las relaciones de amistad y a la cooperación entre los Estados de conformidad con la Carta de Naciones Unidas*. Asamblea General de Naciones Unidas, aprobada el 24 de octubre de 1970.

¹⁶⁰ Por ejemplo: el juez Ammoun de la Corte Internacional de Justicia, algunos miembros de la Comisión de Derecho Internacional y la Sub-comisión de Naciones Unidas de prevención de la discriminación y protección de las minorías. International Law Commission, *Yearbook of the ILC*, 1963, Vol. II, 199. UN Human Rights Commission on the work of the Sub Commission, T. Van Boven, Director of the UN Division of Human Rights, UN. Doc/E/CN.4/SR 1431, 3 parr 6. Citado por Antonio Cassese, *Self-determination of peoples: a legal reappraisal*, *Op.Cit.*, p. 135.

¹⁶¹ Ver: AGNU, 5th Session, VIth Committee, A/C.6/SR. 1181, parr. 31.

Respecto a las reglas para la autodeterminación de los pueblos indígenas Cassese no menciona que las *poblaciones indígenas* (no pueblos) tengan dicho derecho, al contrario afirma que sobre ellas “las Naciones Unidas han permanecido en silencio”¹⁶². Esto es correcto, porque para cuando el autor escribía en 1995, apenas se había aprobado el borrador de la Declaración sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas de Naciones Unidas un año antes. Lo que sucede, al cristalizarse el derecho autodeterminación de los pueblos indígenas como una norma consuetudinaria, a través de la DNUDPI en el año de 2007, es que los pueblos indígenas se incorporan a la constelación de pueblos que 1) son titulares del derecho a la autodeterminación 2) se les aplica el principio a la autodeterminación 3) tienen reglas consuetudinarias específicas – reflejadas en la Declaración- que regulan la aplicación de este derecho.

Las razones por las cuales es importante el enfoque y sistematización de la práctica y el derecho referente a la autodeterminación que hace Cassese son dos. La primera, es porque brinda coherencia a las diferentes aplicaciones del derecho a la autodeterminación en el derecho internacional. Segundo, porque visibiliza herramientas interpretativas que se desprenden del desarrollo jurídico previo del principio a la autodeterminación. Quisiera detenerme en este punto.

El principio de la autodeterminación, como hemos visto, es uno para los distintos casos en que este derecho se aplica en la comunidad internacional, no obstante que tiene reglas específicas en cada caso. Al reconocerse, por parte del derecho internacional, el derecho a la autodeterminación a los pueblos indígenas, el principio ilumina la aplicación del derecho en este caso específico, brindando herramientas interpretativas. En este sentido Antonio Cassese, señala que el principio de autodeterminación, en primer lugar, establece un método de ejercicio de la autodeterminación, que es la libre y genuina expresión de los deseos de las personas del pueblo que la reivindica, normalmente a través de plebiscitos o referéndums; en segundo lugar, implica un estándar de interpretación para casos donde las reglas son poco claras o ambiguas; en

¹⁶² Antonio Cassese, *Self-determination of peoples: a legal reappraisal*, *Op.Cit.*, p. 103. Traducción del autor.

tercer lugar, el principio guía la resolución de casos que no están normados por reglas específicas¹⁶³. Además, resulta razonable que en casos determinados se puedan hacer analogías entre las reglas de la autodeterminación aplicadas en casos distintos a los de los pueblos indígenas. Sumado a esto, la reflexión de Cassese nos lleva a concluir que el carácter *erga omnes* de las obligaciones de los principios y reglas de autodeterminación se hacen aplicables a los pueblos indígenas, y el derecho mismo a la autodeterminación es una norma de *jus cogens*. A continuación revisaré las reglas que se aplican a la autodeterminación de los pueblos indígenas conforme a la Declaración.

4.1 Reglas para el ejercicio de la autodeterminación de los pueblos indígenas

Las reglas sobre la autodeterminación de los pueblos indígenas establecen que para el ejercicio de este derecho los Estados deben reconocer derechos sustantivos que pueden clasificarse en derechos sobre autonomía, territorio y recursos naturales, identidad cultural y bienestar social. Adicionalmente, establecen reglas para que las relaciones de estos pueblos y los Estados tengan un carácter bilateral o al menos una tendencia hacia la bilateralidad, que serán revisadas no en este, sino el siguiente apartado con más detenimiento por ser el asunto central de la investigación.

En materia de autonomía la Declaración inicia por reconocer el derecho a la libre determinación¹⁶⁴, que implica el derecho al autogobierno¹⁶⁵ y a mantener sus propias instituciones políticas, jurídicas, económicas, sociales y culturales, para lo cual pueden determinar responsabilidades de los individuos para con sus comunidades¹⁶⁶. Además, los pueblos indígenas pueden participar conforme a su deseo en las instituciones Estatales¹⁶⁷. En este mismo aspecto se garantiza a los pueblos indígenas el derecho al desarrollo conforme a sus propias prioridades y estrategias, debiendo participar en la elaboración de programas de desarrollo que les afecten y en lo posible administrarlos¹⁶⁸.

¹⁶³ *Ibíd.*, p. 131-133.

¹⁶⁴ Art. 3.

¹⁶⁵ Art. 4.

¹⁶⁶ Art. 35.

¹⁶⁷ Art. 5.

¹⁶⁸ Art. 23.

Para el ejercicio de su autonomía deberán contar con asistencia técnica y financiera de los Estados y organismos especializados de Naciones Unidas¹⁶⁹.

Respecto a territorio y recursos naturales la Declaración reconoce el derecho de los pueblos indígenas a tierras, territorios y recursos que tradicionalmente han poseído, ocupado o adquirido, estando facultados para utilizar y controlarlos¹⁷⁰, conforme a sus propias reglas de tenencia de la tierra que deben ser respetadas por los Estados¹⁷¹. Además el instrumento prohíbe cualquier desplazamiento forzado de los pueblos indígenas de tierras y territorios¹⁷², se prohíbe –salvo justificada razón de interés público o acuerdo con los pueblos indígenas- la presencia militar en los mismos¹⁷³, y se establece la obligación Estatal de reparación por actos pasados que les hayan privado forzosamente de estos espacios¹⁷⁴. Son los pueblos indígenas quienes deben participar en la elaboración de prioridades de los programas de desarrollo de su territorio¹⁷⁵, cuyo ambiente y capacidad productiva tiene que estar protegida¹⁷⁶.

Respecto a la identidad cultural de los pueblos, la Declaración establece la obligación transversal de que no existan actos Estatales destinados a asimilar a pueblos o personas indígenas a otra cultura, al contrario obliga a los Estados a prevenir y resarcir este tipo de actos¹⁷⁷. Aunque parecería un poco reiterativa la aclaración, la Declaración no ahorra palabras en prohibir el genocidio y el traslado forzado de niños de un grupo a otro¹⁷⁸. Además, la Declaración reafirma el derecho a pertenecer a una nacionalidad indígena, no obstante entiende que el derecho a la nacionalidad es individual y también colectivo, en tanto una comunidad tiene también el derecho a una nacionalidad, indica el instrumento¹⁷⁹.

¹⁶⁹ Arts. 39 y 41.

¹⁷⁰ Art. 26.

¹⁷¹ Art. 27

¹⁷² Art. 10.

¹⁷³ Art. 30.

¹⁷⁴ Art. 28.

¹⁷⁵ Art. 32.

¹⁷⁶ Art. 29.

¹⁷⁷ Art. 8.

¹⁷⁸ Art. 7

¹⁷⁹ Art. 9

Consciente del contexto de discriminación en que se encuentran los pueblos indígenas, la Declaración reconoce el derecho a practicar y *revitalizar* sus costumbres culturales y a que se protejan sus lugares sagrados y expresiones artísticas¹⁸⁰. Además reconoce el derecho a revitalizar y utilizar sus historias, idiomas, tradiciones orales, filosofías, y sistemas de escritura, así como de atribuir nombres a sus comunidades y lugares. En orden a promover la integridad cultural también garantiza la Declaración el derecho a la educación y a medios de información de los pueblos indígenas, conforme a sus propios sistemas educativos y en sus propios idiomas¹⁸¹. Otro derecho que garantiza la integridad cultural, aunque muy relacionado con los derechos territoriales, es el de mantener y controlar su patrimonio cultural y el derecho a que se protejan conocimientos sobre recursos humanos, genéticos, semillas, medicina y propiedad de la fauna y flora¹⁸².

En materia de derechos sociales, la Declaración aplica el criterio de no discriminación, para reafirmar el derecho al trabajo¹⁸³, la vivienda¹⁸⁴, la salud¹⁸⁵, la educación, de los pueblos y personas indígenas. No obstante la Declaración hace especificaciones necesarias, como el respeto a la medicina tradicional, o la necesidad de que exista un diálogo con las comunidades indígenas a la hora de determinar qué es explotación laboral infantil, dado que se requiere estar alerta de concepciones culturales diversas de lo que esto significa.

5. Relación de bilateralidad entre Estado y pueblos indígenas: derecho al consentimiento previo, libre e informado y derecho a la suscripción tratados y acuerdos.

La DNUDPI establece además, reglas sobre cómo deben relacionarse los Estados y los pueblos indígenas. A diferencia del carácter primordialmente unilateral que ha tenido la relación Estados y pueblos indígenas, la Declaración plantea dos instituciones que apuntan a que esta relación sea bilateral o al menos tienda a ser bilateral: el derecho

¹⁸⁰ Arts. 11 y 12.

¹⁸¹ Arts. 14 y 16.

¹⁸² Art. 31.

¹⁸³ Art. 17.

¹⁸⁴ Art. 21.

¹⁸⁵ Arts. 22 y 24.

al consentimiento previo, libre e informado y la facultad de suscribir tratados con los Estados.

Los antecedentes informan que durante el siglo XVII y especialmente el siglo XVIII se formularon tratados entre los Estados europeos y los pueblos indígenas, donde formalmente existía un estatus de igualdad entre ambas partes firmantes, el interés de los Estados europeos en celebrar tratados con pueblos indígenas era el de obtener credenciales frente a otros países europeos en estos nuevos territorios, pero una vez que era reconocida su presencia muchas veces negaban la existencia de estos tratados¹⁸⁶. El colonialismo inglés fue más propenso a celebrar tratados con los pueblos indígenas, no obstante, el colonialismo español en el siglo XVIII tendía a firmar tratados con los pueblos indígenas no sometidos en orden de tener su apoyo frente a la presión de otros poderes coloniales¹⁸⁷.

Con el paso del tiempo, no obstante, la celebración de tratados se haría menos común, definitivamente no reflejaban relaciones en pie de igualdad, ni tenían la fuerza vinculante que los tratados celebrados con otros Estados¹⁸⁸. Una vez que se independizaron los Estados, el constitucionalismo latinoamericano cerró de manera más explícita la posibilidad de cualquier relación bilateral, “los Estados constitucionales incorporan los territorios ajenos. Ellos asumen que son habitados por poblaciones incivilizadas, un sector de la humanidad carente de cultura europea y por tanto de civilización en sentido europeo”¹⁸⁹. No es común, que las constituciones hagan referencias a tratados con los pueblos indígenas, el “sometimiento y domesticación de la población indígena, se dieron sea gradualmente o por la fuerza”¹⁹⁰ en el siglo XIX.

En los siglos XIX y XX, en Sudamérica no se reconoció a los pueblos indígenas la facultad de elaborar tratados y tampoco se respetaron tratados históricamente existentes¹⁹¹. Al estar gran parte de la población indígena sometida al régimen social

¹⁸⁶ Bartolomé Clavero, “Treaties with Peoples or Constitutions for States: a Predicament of the Americas”, en *Law and Antropology, International Yearbook for Legal Antropology*, *Op. Cit.*, p. 2.

¹⁸⁷ *Ibíd.*, p. 3.

¹⁸⁸ *Ibíd.*, p. 5.

¹⁸⁹ *Ibíd.*

¹⁹⁰ *Ibíd.*

¹⁹¹ *Ibíd.*, pp. 6-7. Actualmente en América solo la Constitución de Canadá hace referencia a la posibilidad de celebrar tratados con los pueblos indígenas:

republicano, se instauraron mecanismos jurídicos para anular individualmente la voluntad de las personas indígenas: así se estableció el requisito de saber leer y escribir en español para ejercer el derecho al voto¹⁹² o se determinó por ley la incapacidad jurídica relativa de las personas indígenas, como el Código Civil de Brasil de 1916¹⁹³. Además se declararon tierras baldías o *res nullius* tierras y territorios indígenas, cortando de *jure* la obligación de hacerles cualquier consulta sobre la disposición de su espacio¹⁹⁴. De tal modo, que los Estados podían establecer leyes sobre las personas indígenas sin que ellas tuvieran acceso al debate público y a decidir sobre sus tierras y territorios. El Estado ejercía una autoridad esencialmente *unilateral* sobre los pueblos indígenas en Sudamérica, al menos, hasta la primera mitad del siglo XX.

A finales del siglo XX, en Sudamérica, los Estados se han visto gradualmente obligados a entablar relaciones de cierta *bilateralidad* con los pueblos indígenas, entendiéndolos como colectividades con autonomía del Estado. Un paso emblemático fue el reconocimiento de títulos de propiedad colectiva que poseían históricamente y del derecho a la consulta previa a los pueblos indígenas frente a actividades que afecten sus territorios. Otro paso importante, en esa dirección ha sido el reconocimiento al

The guarantee 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 or freedoms that pertain to the aboriginal peoples of Canada including:

- a.) Any rights or freedoms that have been 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. Canadian Charter of Rights, 1982. En Estados Unidos la interpretación que se ha dado a la Cláusula de Comercio India ha ido anulando el efecto de muchos tratados. (Part. I, sec. 25, Charter of Rights and Freedoms, 1982.

¹⁹² Becker indica que para cuando se discutía sobre la “incorporación a la vida nacional” a los pueblos indígenas en la Asamblea Constituyente de 1944-1945 en el Ecuador, los montubios e indígenas que no leía y escribía en español era sumaban el 75% de la población. Marc Becker. *El Estado y la etnicidad en la Asamblea Constituyente de 1944-1945*. En *Etnicidad y poder en los países Andinos*, Christian Büschges, Guillermo Bustos y Olaf Kaltmeier, compiladores, Universidad Andina Simón Bolívar, Corporación Editora Nacional, 2007, p. 139.

¹⁹³ Carmen Junqueira y Eunice Paiva indican sobre el referido Código “[e]n su artículo 6 declaraba a los “silvícolas” relativamente capaces de ejercer ciertos actos de la vida civil, añadiendo en un Párrafo Único que las leyes y reglamentos especiales establecerían el régimen tutelar al que quedarían sujetos hasta que adoptaran la civilización del país.”, *La Legislación Brasileña y las poblaciones indígenas en el Brasil*. En *Derecho Indígena y Derechos Humanos en América Latina*, de Rodolfo Stavenhagen, Instituto Interamericano de Derechos Humanos y el Colegio de México, Primera Edición, 1988, p. 5.

¹⁹⁴ En Ecuador, la Ley de Tierras Baldías y Colonización, con el objetivo formal de expandir la frontera agrícola en la amazonía declaraba como baldías a tierras que efectivamente eran de posesión indígena, Decreto Supremo No. 2172, 22 de septiembre de 1964. Ver: Nina Pacari. *Avance de la legislación ecuatoriana sobre tierra y territorios de los pueblos indígenas*. En el Encuentro Estratégico de Organizaciones-Redes por la Incidencia, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, Costa Rica, 19 a 21 de agosto de 2003.

derecho a la consulta prelegislativa y además el de reconocer el derecho a la autonomía. Ahora, con la DNUDPI, dos instituciones jurídicas –relacionadas en su espíritu e intencionalidad- emergen para fortalecer la bilateralidad de la relación Estado-pueblos indígenas: el derecho al consentimiento previo, libre e informado y la facultad de celebrar tratados con los pueblos indígenas.

5.1 El derecho al consentimiento previo, libre e informado

El derecho a la consulta es el antecedente del derecho al consentimiento y su entendimiento ilumina el entendimiento del segundo. Raquel Yrigoyen explica que el derecho a la consulta:

Es un mecanismo que el Estado está obligado a implementar antes de tomar una decisión sobre una medida –administrativa o legislativa- que pueda afectar a los pueblos indígenas. Pero los pueblos no deciden. Justamente se activa el mecanismo de la consulta cuando es el Estado el que debe decidir. Y el deber del Estado se agota en garantizar, de buena fe, que los procedimientos estén orientados al logro de un acuerdo o consentimiento aunque, dicho acuerdo o consentimiento no se produzca. Esto ha llevado a algunos pueblos a preguntarse por la real utilidad de este mecanismo cuando lo que está en juego detrás de una medida concreta es una política con la cual dichos pueblos no están de acuerdo. Incluso, por tal motivo, algunos pueblos han llegado a rechazar el mecanismo mismo de la consulta, puesto que definitivamente el Estado es el que decide, aun en contra del pronunciamiento negativo de los pueblos respecto de ciertas medidas.¹⁹⁵

El derecho al consentimiento también obliga al Estado a dialogar con los pueblos indígenas sobre alguna medida que los afecte, guiando ese dialogo de buena fe, pero la diferencia es que “el peso de la decisión se traslada a los pueblos indígenas”¹⁹⁶. La exigencia del consentimiento de los pueblos indígenas “el Estado no puede tomar una decisión sin la expresa aceptación de los pueblos a la medida propuesta”¹⁹⁷. En la

¹⁹⁵ Raquel Yrigoyen Fajardo. *Integración y complementariedad de los derechos de participación*. En Declaración sobre los derechos de los pueblos indígenas, hacia un mundo intercultural y sostenible, editado por Natalia Álvarez, Daniel Oliva, Nieves Zúñiga, *Op. Cit.*, p. 351.

¹⁹⁶ Raquel Yrigoyen, *Op. Cit.*, p. 351.

¹⁹⁷ *Ibíd.*

DNUDPI se establecen tres casos, no taxativos, en los que es procedente requerir su consentimiento libre, previo e informado:

- Si el Estado desea desplazarlos de sus tierras o territorios¹⁹⁸.
- Si el Estado desea almacenar o eliminar materiales peligrosos en tierras o territorios indígenas¹⁹⁹.
- Si los estados desean aprobar proyectos que afecten las tierras y territorios indígenas, particularmente en relación con el desarrollo, la utilización o explotación de recursos minerales, hídricos o de otro tipo²⁰⁰.

Esta interpretación se respalda en la celeberrima sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de *Saramaka vs. Suriname*²⁰¹. En dicho caso el pueblo tribal de Saramaka, formado por afrodescendientes que habitan los bosques de Suriname, alegó que su subsistencia estaba en peligro por las concesiones forestales y mineras que había otorgado el Estado en su territorio²⁰². Para nuestro análisis, el punto más relevante de la sentencia es el análisis que realiza la Corte sobre el derecho a la

¹⁹⁸ Artículo 10: Los pueblos indígenas no serán desplazados por la fuerza de sus tierras o territorios. No se procederá a ningún traslado sin el consentimiento libre, previo e informado de los pueblos indígenas interesados, ni sin un acuerdo previo sobre una indemnización justa y equitativa y, siempre que sea posible, la opción del regreso.

¹⁹⁹ Artículo 29.2: Los Estados adoptarán medidas eficaces para garantizar que no se almacenen ni eliminen materiales peligrosos en las tierras o territorios de los pueblos indígenas sin su consentimiento libre, previo e informado.

²⁰⁰ Artículo 32: 2. Los Estados celebrarán consultas y cooperarán de buena fe con los pueblos indígenas interesados por conducto de sus propias instituciones representativas a fin de obtener su consentimiento libre e informado antes de aprobar cualquier proyecto que afecte a sus tierras o territorios y otros recursos, particularmente en relación con el desarrollo, la utilización o la explotación de recursos minerales, hídricos o de otro tipo.

²⁰¹ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso de la comunidad de Saramaka*, 28 de noviembre de 2007.

²⁰² En un ejercicio de antropología jurídica, la Corte planteó el cuestionamiento de si podrían ser beneficiados de medidas especiales para pueblos indígenas un grupo de comunidades negras descendientes de esclavos africanos que llegaron al país en el siglo XVII. Si bien reconoce que no se trata de pueblos indígenas, en el sentido estricto del término, las prácticas culturales y el vínculo especial que tienen con la tierra, permite concluir que son una cultura de prácticas diferentes del resto de la comunidad nacional, lo que hace que el pueblo de Saramaka sea reconocido como una tribu que requiere medidas especiales para el ejercicio efectivo de sus derechos. En palabras de la Corte: La Corte no encuentra una razón para apartarse de esta jurisprudencia en el presente caso. Por ello, este Tribunal declara que se debe considerar a los miembros del pueblo Saramaka como una comunidad tribal y que la jurisprudencia de la Corte respecto del derecho de propiedad de los pueblos indígenas también es aplicable a los pueblos tribales dado que comparten características sociales, culturales y económicas distintivas, incluyendo la relación especial con sus territorios ancestrales, que requiere medidas especiales conforme al derecho internacional de los derechos humanos a fin de garantizar la supervivencia física y cultural de dicho pueblo. *Ibíd.*, párr. 86.

propiedad garantizado por el Art. 21 de la Convención Americana²⁰³. En primer lugar, el Tribunal recuerda lo señalado en los casos *Yakye Axa y Sawhoyamaya*, en el sentido de que para los pueblos indígenas el territorio está vinculado a su supervivencia cultural, social y económica:

El derecho a usar y gozar del territorio carecería de sentido en el contexto de los miembros de los pueblos indígenas y tribales si dicho derecho no estuviera conectado con los recursos naturales que se encuentran dentro de su territorio. [...] Esta *conexión entre el territorio y los recursos naturales necesarios para su supervivencia física y cultural*, es exactamente lo que se precisa proteger conforme al artículo 21 de la Convención, a fin de garantizar a los miembros de los pueblos indígenas y tribales el uso y goce de su propiedad.²⁰⁴ (Itálicas añadidas)

En segundo lugar, la Corte señala que en casos de planes de desarrollo o inversión a gran escala, como es el caso de la minería en el caso de *Saramaka*, que pongan en peligro la subsistencia de un pueblo, los Estados deben obtener el consentimiento libre, previo e informado de dicho pueblo:

La Corte considera que, cuando se trate de planes de desarrollo o de inversión a gran escala que tendrían un mayor impacto dentro del territorio de *Saramaka*, el Estado tiene la obligación, no sólo de consultar a los *Saramakas*, sino también de obtener el consentimiento libre, informado y previo de éstos, según sus costumbres y tradiciones.²⁰⁵

En el comentario de Yrigoyen sobre este fallo indica que:

[S]e desprende que es la protección de los derechos humanos colectivos de los pueblos, su derecho a existir de una determinada manera, lo que genera la exigencia del consentimiento o, *contrario sensu*, el derecho del pueblo de oponerse a un proyecto que puede poner en riesgo su existencia misma. De ahí que los Estados deberán desplegar un esfuerzo adicional no sólo para consultar a los pueblos y hacerles participar desde el inicio

²⁰³ Art. 21: Derecho a la propiedad privada: 1. Toda persona tiene derecho al uso y goce de sus bienes. La ley puede subordinar tal uso y goce al interés social. 2. Ninguna persona puede ser privada de sus bienes, excepto mediante el pago de indemnización justa, por razones de utilidad pública o de interés social y en los casos y según las formas establecidas por ley.

²⁰⁴ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Saramaka vs. Suriname*, 28 de noviembre de 2007, párr. 123.

²⁰⁵ *Ibíd.*, párr. 135.

de los proyectos de desarrollo e inversión, sino para garantizar su integridad como pueblos²⁰⁶.

Al reconocer el derecho al consentimiento en casos en que la existencia del pueblo indígena está en peligro, la Corte es coherente con el concepto de dignidad que fundamenta los derechos humanos, porque en otras palabras la Corte está defendiendo al tesis de que la existencia del pueblo no puede ser sacrificada por una idea de prosperidad económica. Es decir, que el ser humano, individual o colectivamente, no puede ser el medio a sacrificar por intereses económicos, sino que el ser humano es el fin en sí mismo del actuar estatal.

La institución del consentimiento previo, libre e informado ha sido también aplicada por tribunales nacionales. La Corte Constitucional de Colombia, en fallo de 29 de octubre de 2009, decidió sobre el caso de un proyecto minero que afectaba a 11 comunidades indígenas, 2 afrocolombianas y un número indeterminado de comunidades en los departamentos de El Chocó y Antioquia. En su decisión la corporación señaló en qué casos no basta realizar una consulta a los pueblos indígenas sobre determinada actividad que los afecta, sino que además se requiere obtener su consentimiento:

Cuando se trate de planes de desarrollo o de inversión a gran escala, que tengan mayor impacto dentro del territorio de afrodescendientes e indígenas, es deber del Estado no sólo consultar a dichas comunidades, sino también obtener su consentimiento libre, informado y previo, según sus costumbres y tradiciones, dado que esas poblaciones, al ejecutarse planes e inversiones de exploración y explotación en su hábitat, pueden llegar a atravesar cambios sociales y económicos profundos, como la pérdida de sus tierras tradicionales, el desalojo, la migración, el agotamiento de recursos necesarios para la subsistencia física y cultural, la destrucción y contaminación del ambiente tradicional, entre otras consecuencias; por lo que en estos casos *las decisiones de las comunidades pueden llegar a considerarse vinculantes*, debido al grave nivel de afectación que les acarrea.²⁰⁷ (Itálicas añadidas)

²⁰⁶ Raquel Yrigoyen, *Integración y complementariedad de los derechos de participación*, Op. Cit., p. 359.

²⁰⁷ Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-769, *Álvaro Balarín y otros contra los Ministerios de Interior y de Justicia, de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial, de Defensa, de Protección Social, de Minas y Energía*, 29 de octubre de 2009.

Respaldándose en la referida sentencia de *Saramaka vs. Suriname* de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la Corte Constitucional de Colombia descansa sobre el mismo argumento de que la subsistencia física y cultural del pueblo indígena no puede sacrificarse ante los intereses estatales de implementar planes de desarrollo e inversión a gran escala. Además, no deja lugar a dudas interpretativas sobre las consecuencias jurídicas de la institución del consentimiento: si dadas las circunstancias fácticas el Estado está obligado a solicitar el consentimiento y no solo la consulta a los pueblos indígenas, el peso de la decisión descansa sobre los segundos y se vuelve *vinculante*. En otros términos, si los pueblos indígenas –una vez consultados- no dan su consentimiento, el proyecto de desarrollo o inversión que ponía en peligro su subsistencia no se realiza.

También, en esa línea y valiéndose igualmente de la referida sentencia de la Corte Interamericana, el Relator de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas señala en su Informe sobre su visita a Chile que “en aquellas situaciones en que una actividad o proyecto de inversión tenga impactos substanciales que pondrían en peligro el bienestar físico o cultural de una comunidad indígena, el Estado no debería autorizar continuar con la actividad sin el consentimiento de la comunidad afectada”²⁰⁸. Además, el Relator hizo una Declaración reciente sobre la regulación del derecho a la consulta en el Perú, refiriéndose sobre cuando es necesario el consentimiento y no solo la consulta²⁰⁹. Al respecto, el Relator manifiesta que el derecho al consentimiento de los pueblos indígenas no es un “derecho a veto”, entendiéndolo como “un poder de decisión absoluto de vedar o impedir unilateralmente, con base a cualquiera justificación o sin ninguna, toda propuesta o decisión hecha por el Estado que les pueda afectar”²¹⁰. Seguidamente el Relator explica que el derecho al consentimiento se aplica en casos en que:

[E]l impacto de una propuesta o iniciativa sobre el bienestar o derechos de un pueblo indígena es significativo, el consentimiento de la parte indígena, por medio de un acuerdo,

²⁰⁸ James Anaya, *Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas, La situación de los pueblos indígenas en Chile: seguimiento a las recomendaciones hechas por el Relator Especial anterior*, 5 de octubre de 2009.

²⁰⁹ James Anaya, *Declaración pública del Relator Especial sobre los derechos humanos y libertades fundamentales de los indígenas, James Anaya, sobre la “Ley del derecho a la consulta previa a los pueblos indígenas u originarios reconocido en el Convenio No. 169 de la Organización Internacional de Trabajo” aprobada por el Congreso de la República del Perú*, 7 de julio de 2010.

²¹⁰ *Ibíd.*, párr. 1.

no solamente es el objetivo de la consulta pero también es una precondition exigible para la ejecución de la medida propuesta.²¹¹

En su interpretación, la DNUDPI se exige el consentimiento de los pueblos indígenas, de modo de ejemplo, en los casos de traslado de pueblos indígenas de sus tierras tradicionales y el de almacenamiento o desechos tóxicos y el Relator añade casos de actividades de extracción de recursos naturales de impactos sociales y culturales significativos. De modo lógico concluye que “[l]a parte indígena podría verse justificada en no otorgar su consentimiento, no en base a un derecho unilateral de veto, sino siempre y cuando el Estado no demostrara adecuadamente que los derechos de la comunidad indígena afectada fueran debidamente protegidos bajo la medida o proyecto propuesto, o no demostrara que los impactos negativos sustanciales fueran debidamente mitigados”²¹².

De lo anterior, podemos concluir que la DNUDPI establece la obligación de que los Estados obtengan el consentimiento libre previo e informado de la parte indígena afectada en casos de desplazamiento, en casos de almacenamiento de desechos peligrosos en tierras que ancestralmente han poseído y en casos de extracción de recursos naturales y de megaproyectos que pongan en peligro la vida cultural y física del pueblo afectado. En segundo lugar, podemos concluir que cuando se activa el derecho al consentimiento el peso de la decisión pasa a la parte indígena y se convierte en una precondition para que el ejecutivo lleve a cabo cualquiera de las tres iniciativas mencionadas. El consentimiento no es un derecho de veto, en el sentido de que en virtud del derecho al consentimiento los pueblos indígenas no pueden arbitrariamente negar la ejecución de un proyecto en su territorio, sino su decisión debe estar justificada en el hecho de que el proyecto causaría una afectación significativa a su subsistencia cultural y física. No obstante, si existe una justificación de ese tipo para que el pueblo indígena no de su consentimiento a un proyecto, su decisión es vinculante. Como corolario, se debe señalar que esta obligación internacional, en el caso de los países de la región, nace también del Art. 21 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

²¹¹ *Ibíd.*, párr. 4.

²¹² *Ibíd.*, párr. 5.

El reconocimiento del derecho al consentimiento, previo, libre e informado modifica el concepto de soberanía estatal, limitado por el derecho a la autodeterminación de los pueblos indígenas que está garantizado por el referido derecho al consentimiento. Este derecho detiene la acción unilateral del Estado sobre los asuntos indígenas y hace requerir la voluntad de la parte indígena para que sus planes y proyectos acontezcan. Históricamente, es tan significativo este derecho, como el cambio de dirección de las aguas de un río.

5. 2 El derecho de los pueblos indígenas de suscribir tratados y acuerdos

La DNUDPI, al tiempo que establece una garantía de bilateralidad en las relaciones entre estos pueblos y los Estados a través del derecho al consentimiento, previo, libre e informado, también reconoce la facultad de los pueblos indígenas de suscribir tratados a través de distintas disposiciones. En primer lugar, en los antecedentes del instrumento la Asamblea General afirma que es consciente de:

[L]a urgente necesidad de respetar y promover los derechos de los pueblos indígenas afirmados en tratados, acuerdos y otros arreglos constructivos con los Estados.

Además considera que:

[L]os derechos afirmados en los tratados, acuerdos y otros arreglos constructivos entre los Estados y los pueblos indígenas son, en algunas situaciones, asuntos de preocupación, interés y responsabilidad internacional, y tienen carácter internacional

Consideraciones de las que se desprende que los instrumentos bilaterales, sean *tratados, acuerdos y otros arreglos constructivos* suscritos por pueblos indígenas y Estados en determinados casos tienen *carácter internacional*, es decir que crean derechos y responsabilidades para las partes que son jurídicamente vinculantes y exigibles. Además, al reconocerse este carácter internacional de estos instrumentos, la Asamblea General reconoce que los pueblos indígenas –en cuánto sujetos de derecho

internacional- tienen la facultad de suscribir tratados con los Estados. La intencionalidad de estas ideas queda manifiesta en otro considerando de los antecedentes de la Declaración donde la Asamblea General afirma que:

[L]os tratados, acuerdos y demás arreglos constructivos, y las relaciones que éstos representan, sirven de base para el fortalecimiento de la asociación entre los pueblos indígenas y los Estados

Lo que deja sentada la intención de la Declaración respecto a estos instrumentos bilaterales, en cuanto mecanismos de *fortalecimiento de la asociación entre los pueblos indígenas y los Estados*, siendo que el término *asociación* inequívocamente manifiesta el carácter bilateral de las relaciones entre las partes. Finalmente, en la parte dispositiva del instrumento el Art. 37 establece que:

1. Los pueblos indígenas tienen derecho a que los tratados, acuerdos y otros arreglos constructivos concertados con los Estados o sus sucesores sean reconocidos, observados y aplicados y a que los Estados acaten y respeten esos tratados, acuerdos y otros arreglos constructivos.
2. Nada de lo señalado en la presente Declaración se interpretará en el sentido de que menoscaba o suprime los derechos de los pueblos indígenas que figuren en tratados, acuerdos y otros arreglos constructivos.

De este modo, la Declaración garantiza el respeto de tratados, acuerdos y otros arreglos constructivos, entre ambas partes, volviendo a legitimar el estatus de los pueblos indígenas y su facultad de llegar a acuerdos con los Estados, que como se desprende de los antecedentes, en determinadas circunstancias son instrumentos internacionales. Para Bartolomé Clavero, la intención de la Declaración, de promover relaciones entre Estados y pueblos indígenas a través de tratados, se evidencia además en que el texto no hace ninguna mención a los textos constitucionales de los Estados parte (que es otra forma, hasta ahora común de garantizar derechos de pueblos indígenas), mientras existen varias referencias en el texto a que sean tratados los que reconozcan derechos de los pueblos indígenas. No se indica que las constituciones de los Estados deban o no deban cumplir con tal o cual derecho, por el contrario, indica

Clavero, existe una constante referencia a los tratados²¹³. Esta es otra razón que abona a la conclusión de que la Declaración reconoce la facultad de los pueblos indígenas de suscribir tratados con los Estados.

No obstante, es pertinente aclarar que la relación entre Estados y pueblos indígenas, de acuerdo a la Declaración, no necesariamente tiene que llevarse a través de tratados, acuerdos y otros arreglos constructivos, sino que puede ser mediante actos unilaterales del Estado que consulten a los pueblos indígenas, y de ser necesario, soliciten su consentimiento. De hecho, es a través de leyes que se pueden limitar los derechos reconocidos por la Declaración, como queda explícito en el Art. 46.2:

En el ejercicio de los derechos enunciados en la presente Declaración, se respetarán los derechos humanos y las libertades fundamentales de todos. El ejercicio de los derechos establecidos en la presente Declaración estará sujeto exclusivamente a las limitaciones determinadas por la ley con arreglo a las obligaciones internacionales en materia de derechos humanos [...].

Por lo que, al tenor del instrumento, no se puede interpretar que solamente a través de instrumentos bilaterales se establezcan las relaciones entre Estados y pueblos indígenas. No obstante, sí se desprende del instrumento que es posible que los Estados lleguen a acuerdos con los Estados. El momento que la Declaración reconoce en el Art. 37 la obligación de los derechos ya suscritos entre ambas partes, está reconociendo también la capacidad jurídica de los pueblos indígenas de suscribir tratados, lo que se respalda con la afirmación del considerando de los antecedentes de la Declaración, en el cual se afirma que estos acuerdos pueden llegar a ser instrumentos internacionales que impliquen responsabilidad internacional para las partes, obsérvese: responsabilidad internacional no solo del Estado, sino también de la parte indígena, que claramente se yergue como sujeto del derecho internacional. La misma Declaración manifiesta en los antecedentes, que estos instrumentos bilaterales entre Estados y pueblos indígenas fortalecen la asociación de ambos, por lo que subraya el ánimo de bilateralidad y consenso que debe prevalecer en sus relaciones y no la unilateralidad.

²¹³ Bartolomé Clavero, "Treaties with Peoples or Constitutions for States: a Predicament of the Americas", en *Law and Antropology, International Yearbook for Legal Antropology*, Op. Cit., p. 11.

Por estas razones, podemos concluir que no es la única opción que las relaciones entre los pueblos indígenas y Estados se establezcan a través de instrumentos bilaterales, sean tratados, acuerdos y otros acuerdos constructivos. No obstante, sí existe la posibilidad de que las relaciones entre la parte indígena y el Estado se establezcan a través de estos instrumentos internacionales.

Conclusiones Preliminares

En este capítulo se expusieron las premisas de las que parte el paradigma garantista en el derecho internacional, entendiendo que el núcleo de este planteamiento es que a nivel internacional se respeten los derechos fundamentales y la paz. Para este fin la ciencia jurídica tiene que determinar si existen contradicciones entre los actos internacionales de los Estados y las normas que consagran derechos fundamentales. De comprobarse la existencia de contradicciones, la tarea jurídica es entonces, determinar qué garantía podría salvar esa contradicción, entendiendo garantía como una instancia que esté por encima de los Estado, y de no existir garantía, proponer qué tipo de garantía sería adecuada para garantizar los derechos que están siendo afectados por el acto del Estado. En este primer capítulo el objetivo se limitó a determinar si entre las obligaciones de los Estados respecto a los derechos fundamentales de los pueblos indígenas existe la de que se obtenga el derecho al consentimiento previo, libre e informado en determinadas circunstancias y si existe al facultad de llegar a acuerdos con los Estados.

Seguidamente se concluyó que la DNUDPI cristaliza una norma consuetudinaria vinculante para la comunidad internacional. Esto en virtud de que el instrumento es una resolución de la Asamblea General de NNUU que cristaliza una costumbre internacional que se venía consolidando, por un lado por la práctica estatal respeto a los pueblos indígenas durante y después de la proclamación de la Declaración, y por otro, por la creación de consensos entre los miembros de la comunidad internacional sobre su artículo durante los 22 años que la misma fue debatida. De tal modo, que este instrumento nos permite establecer las normas que regulan en el derecho internacional las relaciones de los Estados y los pueblos indígenas.

Además, en consideración de que no se pueden analizar los derechos de los pueblos indígenas sin contextualizarlos en el principio de autodeterminación que engloba todos sus demás derechos, se determinó al alcance de este principio en el derecho internacional. De este análisis se concluyó que el principio a la autodeterminación implica en amplios términos que los gobiernos deben seguir la voluntad libremente expresada de los pueblos, pero que tiene reglas específicas en casos de colonialismo, invasión extranjera, de discriminación institucionalizada y, actualmente, también tiene reglas específicas para los pueblos indígenas reflejadas en la Declaración. Adicionalmente, se concluyó que este principio es una guía interpretativa de las reglas de la Declaración y que tanto el principio como las reglas son normas *erga omnes* y que el principio en sí mismo es una norma de *jus cogens*.

Adentrándonos en las reglas que regulan el principio de autodeterminación en los pueblos indígenas, existen dos reglas que plantean relaciones de bilateralidad entre los pueblos indígenas y los Estados. Estas dos reglas son las del derecho al consentimiento libre, informado y previo que debe obtener el Estado en tres situaciones; y la otra es la facultad de los pueblos indígenas de llegar a acuerdos con los Estados. El derecho al consentimiento se fundamenta en que los proyectos del Estado no pueden realizarse sin el consentimiento de los pueblos indígenas cuando ponen en peligro la vida cultural y física de los mismos. Mientras que la facultad de suscribir tratados, se fundamenta en distintas disposiciones que reconocen el carácter internacional de ciertos acuerdos firmados entre los Estados y los pueblos indígenas, y la obligación de los primeros de respetarlos para fomentar la asociación entre ambas partes. Finalmente, los Estados pueden actuar de conformidad con la Declaración sin la necesidad de suscribir acuerdos, la suscripción de acuerdos resulta en una *opción*, lo que si da por sentado el instrumento es la capacidad que tienen los pueblos indígenas de suscribir acuerdos, el *jus standi* en el derecho internacional, que puede o no ejercerse.

Capítulo 3

Las Naciones Unidas, a través del “Estudio sobre los tratados, convenios y otros acuerdos constructivos entre Estados y las Poblaciones Indígenas”²¹⁴, realizado durante 11 años por el Relator Miguel Ángel Martínez, ha estudiado los tratados que históricamente se han firmado entre Estados y pueblos indígenas. A más de este estudio, este mismo tema se ha ido desarrollando y profundizando en distintos Seminarios de expertos organizados por el Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos en los años 2003 y 2006²¹⁵.

El Estudio se guió por la intención de determinar que *tratados históricos* - suscritos especialmente entre los siglos XVI y XIX- que afectaban a los pueblos indígenas seguían vigentes y cuáles son sus implicaciones en la actualidad²¹⁶. Además, también buscó determinar cómo la suscripción de estos tratados demostraba que en el pasado los pueblos indígenas eran considerados sujetos del derecho internacional (asunto revisado en el capítulo 1 de la tesis), y sobre todo, indagó en la posibilidad de que los pueblos indígenas firmen tratados contemporáneamente con los Estados.

²¹⁴ Miguel Alfonso Martínez, Relator Especial, *Estudio sobre los tratados, convenios y otros acuerdos constructivos entre Estados y las Poblaciones Indígenas- Informe Final*. COMISIÓN DE DERECHOS HUMANOS Subcomisión de Prevención de Discriminaciones y Protección de las Minorías, 51º período de sesiones, 22 de julio de 1999. Este Estudio, tiene sus antecedentes en la recomendación del referido Informe del ecuatoriano Martínez Cobo de 1986, “Estudio del problema de la discriminación contra las poblaciones indígenas”, quien en el Volumen V, llegó a la conclusión de que debía realizarse un estudio profundo y cuidadoso acerca de diversos aspectos referentes a disposiciones que figuraban en tratados y convenios entre Estados y pueblos indígenas, analizando su vigencia formal y su actualidad, su observancia o su falta de observancia.

²¹⁵ Ver: Mario Ibarra, *Informe del Seminario de Expertos sobre Tratados, Convenios, y otros Acuerdos Constructivos entre los Estados y los Pueblos Indígenas*. Evento organizado por la Oficina del Alto Comisionado de Derechos Humanos de Naciones Unidas, Ginebra de 15-17 de diciembre de 2003. Wilton Littlechild y Andrea Carmen, *Informe del Seminario de expertos de las Naciones Unidas sobre tratados, convenios y otros acuerdos constructivos entre Estados y Pueblos indígenas*. Evento organizado por la Oficina del Alto Comisionado de Derechos Humanos de Naciones Unidas, Hoberna, de 14-17 de noviembre de 2006.

²¹⁶ Tras el envío de información realizada por los propios Estados, organizaciones indígenas y visitas de campo, el Relator Miguel Ángel Martínez ha determinado cinco situaciones jurídicas donde los tratados afectan derechos de los pueblos indígenas, a saber i) tratados celebrados entre Estados y pueblos indígenas; ii) acuerdos concertados entre Estados u otras entidades y pueblos indígenas; iii) otros acuerdos constructivos concertados con la participación de los pueblos indígenas interesados; iv) tratados concluidos entre Estados que contienen disposiciones que afectan a los pueblos indígenas como terceros; v) situaciones que afectan a pueblos indígenas que no son partes en ninguno de los mencionados instrumentos ni objeto de ellos. Martínez Miguel Alfonso, “*Estudio sobre los tratados, convenios y otros acuerdos constructivos entre Estados y las Poblaciones Indígenas*” *Informe Final*, Op. Cit., párr. 34.

Tras los estudios realizados, esta última hipótesis halló fundamento y el Estudio influyó determinantemente en la redacción del artículo 37 de la DNUDPI²¹⁷. El Relator Miguel Ángel Martínez, entonces no solo concluyó que los tratados históricamente firmados con los pueblos indígenas eran vigentes²¹⁸, sino que además recalcó que entre las organizaciones indígenas existe la voluntad de que se restablezca la relación con los Estados “mediante nuevos instrumentos negociados con plena participación de los pueblos indígenas. Esta idea es también la de los oficiales gubernamentales competentes de cierto número de países, entre los que figuran Canadá, Nueva Zelanda y Guatemala”²¹⁹, recalcó el Relator. Por esta razón recomendó que los Estados consideren la suscripción de “de *tratados* (en este caso en su sentido más amplio), como elementos para la reglamentación de unas *futuras* relaciones más positivas y menos antagonistas entre pueblos indígenas y Estados”²²⁰. En la actualidad, tras la aprobación de la DNUDPI y la cristalización de una norma consuetudinaria, según vimos en el capítulo 2, el derecho internacional reconoce la facultad de los pueblos indígenas de suscribir tratados con los Estados a los que pertenecen y la recomendación del Relator se hace viable.

²¹⁷ Artículo 37

1. Los pueblos indígenas tienen derecho a que los tratados, acuerdos y otros arreglos constructivos concertados con los Estados o sus sucesores sean reconocidos, observados y aplicados y a que los Estados acaten y respeten esos tratados, acuerdos y otros arreglos constructivos.

2. Nada de lo señalado en la presente Declaración se interpretará en el sentido de que menoscaba o suprime los derechos de los pueblos indígenas que figuren en tratados, acuerdos y otros arreglos constructivos.

²¹⁸ En el Estudio se señala al respecto que:

“271. El Relator Especial considera que, en efecto, esos instrumentos mantienen su valor original y siguen siendo plenamente vigentes y, por consiguiente, son fuente de derechos y obligaciones para todas sus partes originales (o sus sucesores), que deberán respetar sus disposiciones de buena fe.

272. El razonamiento jurídico que apoya esa conclusión es muy sencillo y el Relator Especial no está diciendo nada nuevo a ese respecto. Los tratados que no tienen fecha de expiración se considera que mantienen su vigencia hasta que todas las partes decidan darlos por terminados, a no ser que en el texto del propio instrumento se establezca algo distinto o que sean declarados nulos y sin valor en debida forma. Esta es una idea profundamente inscrita en el desarrollo conceptual, la normatividad positiva y la jurisprudencia constante de las leyes municipales e internacionales desde que el derecho romano alcanzó su cenit hace más de cinco siglos, cuando se iniciara la moderna colonización europea.

273. En virtud de sus investigaciones, el Relator Especial ha reunido importantes pruebas de que los pueblos/naciones indígenas que han mantenido relaciones de tratados con colonizadores no indígenas y sus descendientes, están firmemente convencidos de que esos instrumentos no sólo mantienen su validez y siguen siendo aplicables a su actual situación sino que además son elementos fundamentales para su supervivencia como poblaciones distintas.

274. Las autoridades competentes de ciertos países como, por ejemplo, Canadá y Nueva Zelanda, también han comunicado al Relator Especial que sus respectivos gobiernos siguen considerando que sus tratados con las poblaciones indígenas mantienen su plena vigencia y efecto (aunque difieren radicalmente de sus contrapartes indígenas en lo que respecta a la construcción del contenido de esos tratados).” Miguel Alfonso Martínez, *Estudio sobre los tratados, convenios y otros acuerdos constructivos entre Estados y las Poblaciones Indígenas- Informe Final, Op. Cit.*

²¹⁹ *Ibíd.*, párr. 262.

²²⁰ *Ibíd.*, párr. 298. Énfasis añadido.

Sin embargo, existen dos asuntos que se han abordado limitadamente tanto en el Estudio de Miguel Ángel Martínez, como en las conclusiones de los Seminarios de Expertos sobre los tratados entre pueblos indígenas y los Estados. El primero es si contemporáneamente se reinicia la práctica de suscribir tratados entre Estados y pueblos indígenas ¿Cuáles deben ser los contenidos de estos tratados?; y segundo ¿Qué mecanismos existen para garantizar los derechos de los Estados y los pueblos indígenas en estos tratados? Estas preguntas guían este último capítulo.

1. La sobreposición de derechos para definir el contenido de los tratados entre Estados y pueblos indígenas

Los tratados entre Estados y pueblos indígenas corren el riesgo de ser ineficaces si son manejados desde una perspectiva únicamente coyuntural. Me refiero a situaciones donde, por ejemplo, un pueblo indígena haga reclamaciones territoriales y –en orden a dar por terminadas estas reclamaciones- el Estado acceda a suscribir un tratado que expresa un acuerdo en materia territorial. Piénsese un caso donde el Estado se compromete a reconocer tales límites del territorio y donde se limita a realizar actividades militares en el mismo. El problema de que se cree un tratado por una necesidad coyuntural, es que ese mismo pueblo indígena puede posteriormente hacer exigencias respecto a otros asuntos, como los de administración de justicia o de autogobierno, originándose nuevamente un conflicto entre las competencias del Estado y del pueblo indígena que no estuvo regulado por el tratado que versaba sobre asuntos territoriales. ¿Sobre qué asuntos entonces deben versar los tratados entre Estados y pueblos indígenas? En orden a dar una respuesta más técnica y menos coyuntural a esta pregunta, el criterio jurídico que debe limitar materialmente el contenido de dichos tratados es el de la *sobreposición de derechos* conforme se describe a continuación.

El criterio de sobreposición de derechos consiste en detectar en qué casos el Estado y el pueblo indígena están facultados para una misma acción. Primero, debemos considerar que en virtud del principio de soberanía territorial, el derecho internacional reconoce una serie de potestades soberanas a los Estados. Julio Barboza señala que virtud de este principio, el Estado está facultado a “reglamentar y administrar las instituciones y las actividades humanas más diversas. La competencia estatal se aplica

por vía de legislación, reglamentación, de jurisdicción o de administración”. Es decir que tiene amplias potestades de decidir lo que sucede con los habitantes y sus recursos en su territorio. No obstante, siguiendo al profesor argentino, la soberanía territorial tiene limitaciones:

[Las limitantes a la soberanía territorial son] impuestas por la coexistencia internacional de los Estados. Estos han aceptado comprometer competencias soberanas, ya sea absteniéndose de llevar adelante ciertas políticas en su territorio, o aceptando otras impuestas desde afuera, o bien prohibiendo o reglamentando ciertas actividades también por imposición exterior. Aunque estas limitaciones vienen de antiguo, como sucede con los extranjeros en el territorio nacional –que no deben ser tratados por debajo de ciertos estándares internacionales-, modernamente se han acentuado debido a las crecientes interdependencias entre los Estados y se han extendido a través de tratados a nuevos terrenos, a veces por imperativo de *jus cogens*, como el de la protección de ciertos derechos humanos fundamentales (de los propios nacionales), o bien por el principio de la utilización razonable del territorio, que impone la prohibición o reglamentación de actividades que pueden causar daños transfronterizos (actividades peligrosas o riesgos). Asimismo, se está llegando a la imposición a los Estados de obligaciones respecto a recursos naturales *dentro de su territorio*, como en la Convención sobre protección de la diversidad biológica de 1992.²²¹

En este sentido, las potestades del Estado, que parten del principio de soberanía territorial, como por ejemplo el derecho del Estado a decidir sus instituciones políticas, el derecho al territorio y a los recursos naturales, el derecho a administrar justicia, el derecho a la autodefensa, o el derecho a decidir su sistema educativo, deben entenderse como potestades existentes pero susceptibles de tener limitaciones.

A más de que el principio de soberanía territorial y los derechos del Estado que de ella derivan son limitables, se debe tener en cuenta que el derecho internacional reconoce a los pueblos indígenas derechos que se sobreponen, se contraponen, se encuentran o convergen con los derechos del Estado. Así, los pueblos indígenas tienen derecho a decidir sus instituciones políticas que rigen la vida de personas a quienes el

²²¹ Julio Barboza. *Derecho Internacional Público, Op.Cit.*, p. 192.

Estado también puede regir a través de instituciones políticas estatales²²²; tienen el derecho al territorio y a los recursos naturales en una fracción geográfica sobre la que el Estado también tiene derecho al territorio²²³; tienen derecho a administrar justicia respecto en un espacio físico y a individuos respecto a los cuales el Estado también tiene derecho a administrar justicia²²⁴; tienen derecho a que no existan grupos militares en zonas donde el Estado tiene derecho a la autodefensa²²⁵; tienen derecho a sus propios sistemas de educación donde el Estado también tiene derecho a establecer su propio sistema de educación²²⁶. Lo que demuestra que existen una serie de sobreposiciones entre los derechos del Estado y los pueblos indígenas, aquí apenas ejemplificadas.

El hecho de que las potestades del Estado, en virtud del principio de soberanía territorial, son limitables y que además, se sobreponen con derechos de los pueblos indígenas, permite concluir que existe la necesidad de un acuerdo sobre estos asuntos y simultáneamente permite definir sobre qué asuntos deben versar los tratados que se suscriban con los Estados. De tal modo que si ambos tienen potestades concurrentes, el tratado limita el alcance de las potestades de cada parte.

²²² Artículo 18 de la DNUPI

Los pueblos indígenas tienen derecho a participar en la adopción de decisiones en las cuestiones que afecten a sus derechos, por conducto de representantes elegidos por ellos de conformidad con sus propios procedimientos, así como a mantener y desarrollar sus propias instituciones de adopción de decisiones.

²²³ Artículo 26 de la DDNUPI

1. Los pueblos indígenas tienen derecho a las tierras, territorios y recursos que tradicionalmente han poseído, ocupado o de otra forma utilizado o adquirido.

2. Los pueblos indígenas tienen derecho a poseer, utilizar, desarrollar y controlar las tierras, territorios y recursos que poseen en razón de la propiedad tradicional u otra forma tradicional de ocupación o utilización, así como aquellos que hayan adquirido de otra forma.

²²⁴ Artículo 34 de la DDNUPI

Los pueblos indígenas tienen derecho a promover, desarrollar y mantener sus estructuras institucionales y sus propias costumbres, espiritualidad, tradiciones, procedimientos, prácticas y, cuando existan, costumbres o sistemas jurídicos, de conformidad con las normas internacionales de derechos humanos.

Artículo 35 de la DDNUPI

Los pueblos indígenas tienen derecho a determinar las responsabilidades de los individuos para con sus comunidades.

²²⁵ Artículo 30 de la DDNUPI

1. No se desarrollarán actividades militares en las tierras o territorios de los pueblos indígenas, a menos que lo justifique una amenaza importante para el interés público pertinente o que se hayan acordado libremente con los pueblos indígenas interesados, o que éstos lo hayan solicitado.

²²⁶ Artículo 14 de la DDNUPI

1. Los pueblos indígenas tienen derecho a establecer y controlar sus sistemas e instituciones docentes que impartan educación en sus propios idiomas, en consonancia con sus métodos culturales de enseñanza y aprendizaje.

La racionalidad de la sobreposición de derechos, permite –en contrapartida– excluir ciertos temas para que no sean materia de tratados: aquellos asuntos sobre los que no exista sobreposición de derechos no tienen que ser materia de un tratado. Por ejemplo, siendo que los pueblos indígenas no tienen derecho al uso del espacio aéreo porque tradicionalmente no lo han poseído, como exige el Art. 34 de la Declaración, no existe razón para que se llegue a un acuerdo sobre la materia²²⁷. También se excluye de la discusión la regulación aduanera porque los pueblos indígenas no tienen derechos sobre ese asunto, o inclusive se podría excluir el derecho al territorio en casos de pueblos indígenas que viven en urbes y de facto no existe sobreposición de derechos²²⁸. De este modo, el criterio jurídico de sobreposición de derechos permite determinar qué asuntos deben ser discutidos bilateralmente entre pueblos indígenas y los Estados, y determinar a su vez qué asuntos deben ser excluidos o no deben ser abordados entre ambos.

Se debe hacer notar que si consideramos que existen sobreposiciones entre las facultades del Estado y las de los pueblos indígenas se evidencia que la suscripción de tratados bilaterales es el mecanismo adecuado para solucionar estas aparentes antinomias. Por tanto, los tratados entre Estados y pueblos indígenas deben referirse a situaciones donde existen derechos sobrepuestos o contrapuestos entre ambas entidades, en tanto son sujetos de derecho internacional en relación de igualdad, que deben armonizar sus relaciones.

2. Mecanismo combinado de resolución de conflictos que surjan de los tratados entre Estados y pueblos indígenas

Es previsible que surjan discrepancias entre los Estados y los pueblos indígenas sobre los tratados a los que puedan llegar. Desde la perspectiva garantista del derecho, no se pueden reconocer derechos en normas jurídicas, en este caso tratados, sin que se establezcan mecanismos de exigibilidad, porque de lo contrario estos serían inútiles e ilusorios. En este sentido si se propone que un sujeto es titular de determinados

²²⁷ El convenio que regula el espacio aéreo en derecho internacional es el Convenio de Aviación Civil Internacional, que en su Art. 1 señala que: Los Estados contratantes reconocen que todo Estado tiene soberanía plena y exclusiva en el espacio aéreo situado sobre su territorio. *Convenio de Aviación Civil Internacional*. Chicago, adoptado el 7 de diciembre de 1944.

²²⁸ La Carta de la ONU reconoce el derecho al territorio en el Art. 2.4

derechos, es correlativa la obligación de la ciencia jurídica de determinar qué mecanismo es el idóneo para su efectiva garantía; por lo que es necesario proponer una instancia de resolución de conflictos donde se pueda demandar el cumplimiento de los tratados entre Estados y pueblos indígenas. Existen distintos mecanismos de exigibilidad de derechos en el derecho internacional. El objetivo es determinar y proponer la estructura básica que debería tener un mecanismo al que puedan acudir tanto los pueblos indígenas como los Estados para exigir el cumplimiento de los tratados a los que puedan llegar.

En lo que resta de este capítulo realizaré un análisis jurídico de los mecanismos de resolución de conflictos y propondré la infraestructura internacional básica que podría servir para resolver de manera efectiva las controversias entre Estados y pueblos indígenas.

Debo aclarar que para el diseño de mecanismos de resolución de conflictos entre los Estados y los pueblos indígenas -surgidos de tratados internacionales- debo remitirme a la bibliografía disponible en el derecho internacional que se refiere a procedimientos para controversias entre Estados. No obstante, actualmente esos procedimientos han servido para controversias de los Estados con individuos y colectividades por lo que sirven para los fines del presente capítulo.

Para diseñar el mecanismo de resolución de conflictos, en la segunda parte de este capítulo, me referiré primero a la razón por la cuál es importante que el mecanismo de resolución de conflictos sea internacional; en segundo lugar, a la obligación de los Estados de resolver pacíficamente sus controversias; en tercer lugar, a las características que tendría el procedimiento que resuelva las controversias que surjan de tratados entre Estados y pueblos indígenas; y en último lugar a las organizaciones internacionales que podrían jurídicamente permitir que se instaure un mecanismo de estas características.

2.1 Un mecanismo internacional

Cuando se plantea que es necesario que los pueblos indígenas y los Estados tengan acceso a un mecanismo internacional de resolución de conflictos surgen reparos.

El principal argumento en contra es que los pueblos indígenas pueden resolver sus controversias a través de recursos internos, si acceden a la jurisdicción internacional incluso se haría un acto discriminatorio para con las personas no indígenas.

En este punto es importante determinar la naturaleza de los tratados y qué tipo de controversias podrían ser admitidas internacionalmente. En primer lugar, se debe observar que en los antecedentes de la Declaración de Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, se afirma que:

[L]os derechos afirmados en los tratados, acuerdos y otros arreglos constructivos entre los Estados y los pueblos indígenas son, en algunas situaciones, asuntos de preocupación, interés y responsabilidad internacional, y tienen carácter internacional

La Asamblea General de Naciones Unidas también afirmó en los antecedentes de la Declaración que la suscripción de estos tratados y acuerdos “sirve de base para el fortalecimiento de la *asociación* entre los pueblos indígenas y los Estados”, este carácter asociativo refleja una relación de horizontalidad entre ambos sujetos del derecho internacional. Si se tratase de tratados o acuerdos internos, se trataría de una relación de verticalidad. Siendo tratados o acuerdos de naturaleza asociativa e internacional, no se entendería por qué una sola de las partes, a través de sus órganos judiciales y de manera interna, va a resolver el asunto. Al contrario, hace sentido que sea una instancia diferente a los asociados y neutral la que juzgue sobre el cumplimiento o incumplimiento de los tratados.

A lo anterior se debe añadir que en el supuesto de que sean instancias judiciales internas las que juzguen las controversias que surjan de los tratados y acuerdos entre los Estados y los pueblos indígenas se configuraría un caso de denegación de justicia. Para esto se debe tener en cuenta que “la noción de que las cortes podrían de algún modo estar separadas del Estado es inaceptable internacionalmente”²²⁹. Esto en razón de que

²²⁹ Jan Paulsson. *Denial of Justice in International Law*. Cambridge University Press, Reino Unido, 2005, p. 39. Traducción del autor. Es por esto que la Comisión de Derecho Internacional estableció en el Proyecto de Artículos sobre la Responsabilidad del Estado por Actos Internacionalmente Ilícitos que “La conducta de cualquier órgano del Estado debe ser considerada un acto de ese Estado bajo el derecho internacional, sea que

las instancias judiciales son, para el derecho internacional, agentes del Estado. Por lo que, de juzgarse por instancias judiciales, el Estado sería juez de su propia causa y ante la imposibilidad de que el caso se conozca por un tercero imparcial los pueblos indígenas verían denegado su acceso a la justicia.

Se debe abonar a lo anterior que ha sido en las instancias judiciales nacionales donde ya se ha intentado frustradamente hacer efectivos tratados y acuerdos celebrados entre pueblos indígenas y los Estados. Al respecto Kent Lesbok, de la nación Sioux, ha manifestado que esos intentos han demostrado la “ineficacia histórica de la jurisdicción nacional” y que “[c]uando grupos enteros de población creen, basándose en una gran suma de hechos históricos, que no pueden participar en un foro en condiciones de igualdad es imposible encontrar justicia en un plano nacional”²³⁰. El Relator Miguel Ángel Martínez también ha hecho notar que existe “la opinión generalizada de que, viendo cual es la situación en la que se encuentran hoy en día los pueblos indígenas, puede concluirse que los mecanismos existentes, administrativos o judiciales, dentro de las esferas no indígenas de gobierno no han sido capaces de sacarles de sus apuros”²³¹, por lo que considera conveniente instaurar “un mecanismo judicial internacional que pueda entender las reclamaciones o quejas procedentes de pueblos indígenas, en particular relativas a tratados y disposiciones constructivas que presenten aspectos internacionales”²³².

Finalmente, debemos considerar que el objeto de las controversias que llegaría a conocimiento de instancias internacionales sería las discrepancias que surjan respecto al cumplimiento de los tratados o acuerdos, no otros asuntos. Así, el proceso judicial penal o civil que se siga contra uno o varios miembros de una comunidad indígena por actos que sucedieron fuera del territorio del pueblo indígena, claramente debe someterse a la jurisdicción interna del Estado. Son solo las controversias que surjan a partir del tratado

el órgano ejerciera funciones legislativas, ejecutivas, *judiciales* u otras funciones” (Artículo 4.1). Proyecto, adoptado en su 53º período de sesiones (A/56/10) y anexo por la Asamblea General de Naciones Unidas en su Resolución 56/83, de 12 de diciembre de 2001. Énfasis añadido.

²³⁰ Wilton Littlechild, Relator, *Informe del seminario sobre tratados, convenios y otros acuerdos constructivos entre Estados y pueblos indígenas*. Evento realizado en Ginebra, 15 a 17 de diciembre de 2003, párr. 36.

²³¹ Miguel Ángel Martínez, Relator Especial, *Estudio sobre los tratados, convenios y otros acuerdos constructivos entre Estados y las Poblaciones Indígenas- Informe Final*, Op. Cit., párr. 306.

²³² *Ibid.*, párr. 313.

o acuerdo las que pueden activar la jurisdicción internacional, por lo que el temor a que exista una situación de discriminación para personas no indígenas no tiene sustento.

Siendo que la DNUDPI reconoce que los tratados y acuerdos internacionales entre Estados y pueblos indígenas pueden tener carácter internacional; siendo que para el derecho internacional la relación entre ambos sujetos internacionales es de carácter asociativa; siendo que implicaría denegar la justicia a los pueblos indígenas permitir que sea solo el Estado –a través de sus órganos judiciales- el que unilateralmente decida sobre las controversias relativas a estos instrumentos; siendo que las instancias judiciales nacionales históricamente han frustrado que el cumplimiento de este tipo de instrumentos sea debidamente exigido; y siendo que los individuos y colectividades indígenas no dejan de ser sujetos que respondan ante fueros de justicia nacional, a pesar de que los instrumentos referidos sean sometidos a justicia internacional; se llega a la conclusión de que debe ser una instancia internacional la que resuelva las controversias y garantice los derechos reconocidos en los tratados y acuerdos entre pueblos indígenas y Estados.

2.2 La obligación general de resolución pacífica de conflictos

A través del Art. 2.3 de la Carta de Naciones Unidas los Estados miembros de la organización se obligan a resolver pacíficamente sus controversias en los siguientes términos:

Los miembros de la Organización arreglarán sus controversias internacionales por medios pacíficos de tal manera que no se pongan en peligro ni la paz y la seguridad internacionales ni la justicia.

En el mismo instrumento se establecen posteriormente qué métodos de resolución de conflictos pueden utilizarse, el Art. 33.1 de la Carta señala que:

Las partes en una controversia cuya continuación sea susceptible de poner en peligro el mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales tratarán de buscarle solución, ante todo, mediante la negociación, la investigación, la mediación, la conciliación, el arbitraje,

el arreglo judicial, el recurso a organismos o acuerdos regionales u otros medios pacíficos de su elección.

De la interpretación de estas dos disposiciones, se extraen dos conclusiones, “la primera, es que se trata de una obligación general, impuesta por el derecho internacional moderno, por la cual los Estados deben arreglar sus controversias por medios pacíficos”²³³ y “[l]a segunda es que los Estados conservan una amplia libertad en la elección del medio que emplearán para solucionar sus diferencias”²³⁴. Es importante tener en cuenta, que una disputa internacional no involucra exclusivamente a Estados. La disputa internacional es aquel desacuerdo de reivindicaciones que “involucra gobiernos, instituciones o personas jurídicas (corporaciones) o individuos particulares en diferentes partes del mundo”²³⁵, por lo que la obligación de arreglar pacíficamente las controversias es extensible a otros sujetos del derecho internacional, a más de los Estados, con quienes se puede mantener una disputa.

Como se concluyó en el primer capítulo, los pueblos indígenas son sujetos del derecho internacional. Esto en razón de que existen tratados de derecho internacional que establecen obligaciones concretas a los Estados frente a los pueblos indígenas; que además existen mecanismos de demanda y queja ante organismos internacionales para la exigencia de los derechos de estos pueblos; y que incluso, según se vio en el segundo capítulo, en virtud del Art. 37 de la DNUDPI los pueblos indígenas tienen la capacidad jurídica de suscribir tratados con los Estados. Por lo que los Estados están en la obligación de arreglar pacíficamente sus controversias con los pueblos indígenas en el caso de tener una disputa internacional, en cuanto las disputas que con ellos mantengan son disputas con sujetos de derecho internacional.

Una interpretación en contrario caería en el absurdo de concluir que los Estados estén obligados a resolver pacíficamente sus controversias con otros Estados pero facultades de resolver por la fuerza sus controversias con los pueblos indígenas, tal interpretación sería contraria al propósito de la Organización de “mantener la paz y

²³³ Julio Barboza, *Derecho Internacional Público, Op. Cit.*, p. 255.

²³⁴ *Ibíd.*, p. 255.

²³⁵ J. G. Merrils, *International Dispute Settlement*. Cambridge University Press, Fourth Edition, Cambridge, United Kingdom, 2005, p. 1.

seguridad internacionales”. De lo que se desprende que la obligación de los Estados de resolver pacíficamente su controversia con los otros Estados, es extensible a los pueblos indígenas.

En esa misma línea, en la DNUDPI (a más de establecerse la facultad de que los pueblos indígenas puedan suscribir tratados o acuerdos internacionales, como se revisó en el capítulo anterior) se establece en el Art. 40 que:

Los pueblos indígenas tienen derecho a procedimientos equitativos y justos para el arreglo de controversias con los Estados u otras partes, y a una pronta decisión sobre esas controversias, así como a una reparación efectiva de toda lesión de sus derechos individuales y colectivos.

De este modo se establece la obligación de los Estados de someter sus controversias con los pueblos indígenas a procedimientos de arreglo de controversias e implícitamente se prohíbe que sea la fuerza el mecanismo que selle las diferencias que puedan surgir entre ambos. Nuevamente, la interpretación de este artículo es más clara si se recuerda que los pueblos indígenas tienen personalidad jurídica internacional y derecho a la libre determinación, por lo que los conflictos que surjan con el Estado surgen en medio de una relación de bilateralidad. Es en consideración de esta bilateralidad, que el Art. 40, determina que los conflictos que surjan entre Estado y pueblos indígenas deben someterse a procedimientos pacíficos de arreglo de controversias. Así se complementa el círculo que se inicia al permitirse a los pueblos indígenas suscribir acuerdos o tratados de carácter internacional con los Estados, al reconocerse simultáneamente su derecho a que existan procedimientos en caso de que surjan controversias entre las partes de estos instrumentos.

Por tanto, en virtud del Art. 33 de la Carta de la ONU y el Art. 40 de la DDPI los Estados tienen la obligación de resolver pacíficamente las disputas internacionales que mantengan con los pueblos indígenas.

2.3 Procedimiento combinado de conciliación y arreglo judicial

En consideración de la obligación de resolución pacífica de conflictos, en el derecho internacional se han desarrollado diversos procedimientos para tal efecto. Los tratadistas comúnmente dividen los procedimientos de resolución de conflictos en el derecho internacional entre no jurisdiccionales y jurisdiccionales²³⁶. Son procedimientos no jurisdiccionales, o también llamados diplomáticos, la negociación, la investigación, la mediación y la conciliación. Son procedimientos jurisdiccionales el arbitraje y el arreglo judicial. No obstante, existen tratados que han establecido una combinación de estos mecanismos para resolver controversias.

Al parecer, la existencia de un procedimiento de conciliación y solo después, un procedimiento de arreglo judicial ha sido bien acogida por los Estados en materia de derechos humanos, según lo reflejan las regulaciones del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales²³⁷, la Convención Americana sobre Derechos Humanos²³⁸ y el Protocolo a la Carta Africana sobre Derechos Humanos y de los Pueblos²³⁹. Parece conveniente seguir este procedimiento combinado de conciliación y arreglo judicial debido a que la amplia ratificación de los referidos instrumentos da cuenta de la aceptación por los Estados de un mecanismo que no imputa de manera inmediata responsabilidad internacional, sino que da oportunidad para que se de un acuerdo entre las partes. Además, el actuar de la Corte Europea de Derechos Humanos y la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en términos generales ha demostrado que este es un mecanismo *idóneo* para garantizar derechos fundamentales²⁴⁰. Por estas dos razones, se propone mantener este mecanismo combinado de conciliación y arreglo judicial para las controversias que surjan de los tratados y acuerdos entre Estados y pueblos indígenas.

2.3.1 Conciliación

²³⁶ Ver: Julio Barboza, *Derecho Internacional Público*, Op. Cit., p. 253.

²³⁷ Artículos 38, 39 y 44.

²³⁸ Artículos 48 y 61.

²³⁹ Artículo 9.

²⁴⁰ No me refiero a la Corte Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos porque dada su reciente creación todavía no ha conocido casos. En el único asunto que le ha sido conocido, se dictaminó que no tenía jurisdicción para conocer el caso. Ver: Corte Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, *Asunto Michelot Yogogombaye*, 15 de diciembre de 2009.

Es pertinente en primer lugar, definir en qué consiste la conciliación, en segundo lugar, cuáles son sus ventajas y finalmente, qué criterios deben considerarse a la hora de regularse el mecanismo. La conciliación es el mecanismo más completo de entre los procedimientos no jurisdiccionales. Al igual que en la negociación, de inicio las partes - en este caso Estado y pueblos indígenas- intentarían llegar a un entendimiento siempre que consideren “que los beneficios de un acuerdo superan las pérdidas”²⁴¹. Sin embargo, en la conciliación, al igual que en la mediación, este entendimiento entre las partes es promovido por la intervención de un tercero imparcial, el conciliador, “autorizado, de hecho esperado, para dar propuestas frescas e interpretar, así como para transmitir, a cada parte las propuestas de la otra”²⁴². Pero la característica particular de la conciliación, es que el conciliador puede realizar investigaciones independientes²⁴³. Es por eso que la conciliación ha sido definida cómo:

Un método para la resolución de controversias internacionales de cualquier naturaleza conforme al cuál una Comisión, de carácter permanente o circunstancial, creada por las Partes para resolver la controversia, procede al examen imparcial de ella e intenta definir los términos de un acuerdo susceptible de ser aceptado por las partes, o de brindar a las Partes la ayuda que hayan requerido para llegar a un acuerdo sobre su controversia.²⁴⁴

De este modo, si surge una controversia sobre el cumplimiento de un tratado o acuerdo entre un Estado y un pueblo indígena, cualquiera de las partes puede solicitar que se inicie un proceso de conciliación, en el que se establezca una comisión para que intente llegar a una solución amistosa. Para esto la Comisión deberá estar facultada para solicitar de oficio información que considere relevante para proponer un acuerdo susceptible de ser aceptado por las partes.

Como señala Merrills, si bien es ingenuo pensar que todas las disputas internacionales, incluyendo las de los Estados con los pueblos indígenas, pueden ser superadas por tratarse de meros malentendidos, la intervención de un tercero “[p]uede

²⁴¹ J. G. Merrills, *International Dispute Settlement*, *Op. Cit.*, p. 12. Traducción del autor.

²⁴² *Ibid.*, p. 28.

²⁴³ *Ibid.*

²⁴⁴ Artículo 1 de “Regulations on the Procedures of International Conciliation adopted by the Institute of International Law”. *Annuaire*, Institute of International Law, adoptadas en la Sesión de Salzburgo, 11 de septiembre de 1961, pp. 385-91. Traducción del autor.

ser importante a la hora de facilitar una valoración realista de la situación e inducir una mentalidad conciliatoria”²⁴⁵. Además, un acuerdo conciliatorio se justifica no solo por los logros que puede obtener cada parte, sino porque se evitan consecuencias graves que se verificarían si no se llega al acuerdo, en este caso me refiero a los costos económicos y sobre todo costos humanos que tienen las confrontaciones entre Estados y pueblos indígenas. El caso de Bagua, una región amazónica del Perú, es un ejemplo trágico de los costos humanos de la falta de mecanismos de diálogo entre Estado y pueblos indígenas. El 4 de julio de 2009 en un operativo que buscaba disolver una protesta murieron 33 personas, entre policías e indígenas, el Informe de Minoría de la Comisión que investigó el hecho señaló que:

Los dramáticos sucesos de Bagua pusieron en evidencia la urgente necesidad de instituir canales de diálogo, de buena fe y efectivos, para la resolución de los conflictos sociales con especial énfasis en las medidas de carácter preventivo que atiendan a las causas estructurales de esos conflictos. En el caso de los pueblos indígenas se ha puesto en evidencia su exclusión y la permanente inaccesibilidad de sus representantes a los mecanismos democráticos y jurídicos de resolución de conflictos así como la necesidad de atender su problemática de manera definitiva²⁴⁶

Una segunda ventaja es que a través de los métodos no jurisdiccionales (como la conciliación), a diferencia de lo que uno sospecharía, se puede llegar a acuerdos sobre asuntos delicados y de gran interés. En la Organización Mundial de Comercio la mayoría de asuntos se resuelve a través de negociaciones a pesar de que los asuntos comerciales son delicados y existe un gran interés de las partes involucradas. En la OMC gran parte de las controversias son resueltas a través del mecanismo de *consultas*, es decir negociaciones. Los registros muestran que en las disputas de comercio internacional “de lejos son más las disputas que son resueltas mediante consultas que mediante paneles”²⁴⁷ (los *paneles* es el método cuasi-jurisdiccional que tiene la OMC para arreglar las controversias si fallan las consultas). Lo que ejemplifica cómo los métodos no jurisdiccionales, como las consultas o la conciliación, pueden ser útiles para tratar temas sensibles con la posibilidad de llegar a acuerdos.

²⁴⁵ J. G. Merrills, *International Dispute Settlement, Op. Cit.*, p. 37. Traducción del autor.

²⁴⁶ Jesús Manacés Valverde y Carmen Gómez Calleja, *Informe en Minoría de la Comisión Especial Para Investigar y Analizar los Sucesos de Bagua*. Abril de 2010, p. 121.

²⁴⁷ J. G. Merrills, *International Dispute Settlement, Op. Cit.*, p. 216. Traducción del autor.

Una tercera ventaja tiene que ver con el hecho de que los Estados actualmente buscan mecanismos que los *induzcan al cumplimiento* de sus obligaciones internacionales²⁴⁸, en vez de que los sancionen directamente. Es por esto que sistemas que “inducen el cumplimiento de las reglas internacionales han sido gradualmente introducidos con el propósito de escrutar el comportamiento de los Estados partes en tratados específicos”²⁴⁹, esta tendencia tiene el *propósito de prevenir*²⁵⁰ el incumplimiento de un tratado antes de que el Estado incurra en responsabilidad internacional. El procedimiento de conciliación se enmarca en esta tendencia y puede servir para prevenir que un Estado infrinja sus obligaciones internacionales, porque mientras es llevado a cabo las partes pueden llegar a un acuerdo sin que se haya iniciado un caso y se verifique la responsabilidad internacional, que solo tendrá lugar cuando se inicie el proceso jurisdiccional.

Una vez tratado el concepto y las ventajas del método, es pertinente referirse a algunos criterios de regulación en caso de usarse este procedimiento. En primer lugar, cuando se trata de procedimientos de conciliación en materias que pueden afectar derechos humanos el contenido del acuerdo tiene ciertos límites. Por ejemplo, en el Sistema Europeo se aclara que las partes pueden llegar a acuerdo amistosos “inspirándose para ello en el respeto a los derechos humanos”²⁵¹, y en el Sistema Interamericano se señala que la solución amistosa de un asunto deberá estar “fundada en el respeto de los derechos humanos”²⁵². Esto en razón de que en ambos instrumentos, el propósito de estas disposiciones es que con el procedimiento conciliatorio no solo se evite que los Estados acudan ante un tribunal, sino que los casos sometidos a conciliación sean resueltos conforme a los valores básicos de ambos sistemas de derechos humanos²⁵³. En este sentido, los procedimientos conciliatorios entre Estados y

²⁴⁸ Antonio Cassese, *International Law, Op. Cit.*, p. 283. Traducción del autor.

²⁴⁹ *Ibíd.*, p. 291.

²⁵⁰ *Ibíd.*, p. 292.

²⁵¹ Art. 39. Convenio Europeo para la Protección de Derechos Humanos y Libertades Fundamentales.

²⁵² Art. 48.1 f), Convención Americana sobre Derechos Humanos.

²⁵³ Sobre la disposiciones que regulan los acuerdos amistosos en el Convenio Europeo para la Protección de Derechos Humanos y Libertades Fundamentales, Merrills anota que, en este instrumento: “al referirse a un acuerdo amistoso ‘sobre la base del respeto por los derechos humanos’, la Convención deja claro que el propósito de esta provisión no es simplemente facilitar la consecución de acuerdos sin necesidad de recurrir a [la Corte de] Estrasburgo, sino el posibilitar que se pueda disponer de ciertos casos de manera informal, y que simultáneamente se puedan observar los valores básicos de la Convención. El hecho de que en este caso,

pueblos indígenas deberán también basarse en el respeto a los derechos de los pueblos indígenas reconocidos en la DNUDPI, y según el referido artículo 40 de este instrumento, en los acuerdos conciliatorios se tendrá “en consideración las costumbres, las tradiciones, las normas y los sistemas jurídicos de los pueblos indígenas interesados y las normas internacionales de derechos humanos”²⁵⁴. Esto último es relevante, por ejemplo, en casos en los que el Estado para que se llegue a un acuerdo conciliatorio, observando los sistemas jurídicos de los pueblos indígenas, antes de tomar por ratificado dicho acuerdo espera su procedimiento de ratificación por parte de las autoridades tradicionales.

Además, es recomendable, como en muchos procedimientos conciliatorios, que el proceso no sea público, sino de carácter confidencial²⁵⁵. Esto en razón de que:

Sea que una comisión esté llevando a cabo tareas de investigación o de formulación de propuestas y promoción de la conciliación, la confidencialidad de su operatividad es crucial para sus posibilidades de éxito. Invariablemente, las disputas sacan a flote asuntos delicados; siendo mucho más fácil que los gobiernos ofrezcan concesiones en privado, las reuniones en secreto han sido la regla general.²⁵⁶

Sumado a esto, los procedimientos conciliatorios, para permitir al conciliador alcanzar sus objetivos, deberían reconocerle amplias facultades de investigación *in situ* y de solicitud de información, que deberán ser cumplidas por las partes. Al final del proceso conciliatorio, siguiendo las disposiciones del Entendimiento de Solución de Diferencias de la OMC (en adelante ESD)²⁵⁷, la Comisión encargada debería realizar un informe preliminar del proceso conciliatorio que sea enviado a cada una de las partes para que realice sus comentarios finales y su posicionamiento sobre la propuesta de

como sucede en otros tratados de derechos humanos, la conciliación sea no solo un mecanismo para garantizar un acuerdo que los distintos actores puedan aceptar, sino que contenga un componente sustancial adicional y crucial, es claramente algo que distingue los acuerdos amistosos que se puedan dar bajo estos términos de la conciliación entendida de manera general. J. G. Merrills, *International Dispute Settlement, Op. Cit.*, p. 79.

²⁵⁴ Art. 40, DNUDPI.

²⁵⁵ Ver: Cuando tienen lugar las consultas éstas son confidenciales y no perjudiciales para los derechos de los estados implicados. (Article 4 (6)). Organización Mundial de Comercio y el art. 50.2 que señala que el informe del proceso ante la Comisión no puede ser publicado si no se ha llegado a un acuerdo.

²⁵⁶ J. G. Merrills, *International Dispute Settlement, Op. Cit.*, p. 75. traducción del autor.

²⁵⁷ *Entendimiento Relativo a Normas y Procedimientos Por los que se Rige la Solución de Diferencias.*, Anexo 2 al Tratado Constitutivo de la Organización Mundial de Comercio. Adoptado por la Organización Mundial de Comercio, 11 de diciembre de 1996.

conciliación que realice la Comisión. Si se llega a un acuerdo la Comisión realiza un informe definitivo donde se resume brevemente el caso y se detalle el acuerdo, el mismo se publica. De lo contrario, si tras los comentarios de las partes, la Comisión señala que es imposible alcanzar un informe definitivo, entonces describirá el proceso conciliatorio y razonará respecto a las dificultades de un acuerdo en un informe final que será confidencial²⁵⁸.

En este último caso, si el proceso conciliatorio no llega a un acuerdo porque “cualquier solución requeriría que una de las partes abandone sus principales objetivos y reciba poco en retorno”²⁵⁹, entonces sí se hace necesario un procedimiento judicial que resuelva el conflicto.

2.3.2 Solución Judicial

Del mismo modo que hice al referirme a la conciliación, a continuación mencionaré qué se entiende por solución judicial, posteriormente cuáles son sus ventajas y finalmente qué criterios deben considerarse a la hora de regularse el mecanismo. La solución judicial implica remitir una disputa a un tribunal permanente para que establezca una decisión jurídica vinculante para las partes²⁶⁰. Al igual que en los sistemas europeo e interamericano de derechos humanos, la propuesta es que un tribunal permanente complemente la actuación de la comisión de conciliación que previamente hubiera intentado llegar a un acuerdo entre las partes. Al igual que en dichos tribunales, el tribunal que se propone debería estar facultado con una jurisdicción contenciosa y una jurisdicción consultiva.

²⁵⁸ “Luego el panel emite un informe provisional que incluye tanto secciones descriptivas como sus hallazgos y conclusiones. Las partes tienen la oportunidad de comentar el informe, y a partir de estas observaciones, el panel produce su informe final (Art. 15.2). En caso de que el asunto se haya resuelto, el informe se limita a una breve descripción del caso y al registro de la solución encontrada (Artículo 12.7). De lo contrario, el informe debe ser fundamentado, y en caso de que la disputa implique a un país miembro en vías de desarrollo, debe indicar explícitamente la manera en la que se han tenido en cuenta las provisiones en cuanto al trato preferencial y más favorable que le corresponde a dicho país”, en J. G. Merrills, *International Dispute Settlement*, *Op. Cit.*, p 223. Traducción del autor.

²⁵⁹ *Ibíd.*, p. 43.

²⁶⁰ Ver: Antonio Cassese, *International Law*, *Op. Cit.*, pp. 281 y 282.

La jurisdicción contenciosa se refiere a “los poderes de la Corte para decidir disputas”²⁶¹. Esta jurisdicción se activaría solamente después de que la Comisión conciliatoria definiera, a través de un informe confidencial, que el proceso conciliatorio no pudo resolver la disputa entre un pueblo indígena y un Estado sobre el cumplimiento de un acuerdo o tratado. La función consultiva, se refiere a la facultad que tendría una Corte de “dar opiniones jurídicas”²⁶² sobre si un acto de un Estado o un pueblo indígena son conformes a un acuerdo o tratado entre los primeros, o con los derechos de los pueblos indígenas reconocidos internacionalmente.

La principal ventaja de la solución judicial es que su decisión es vinculante para las partes, por lo que resuelve la disputa entre las partes para quienes su cumplimiento es obligatorio de manera definitiva, lo que no sucede con los procesos no jurisdiccionales. Una segunda ventaja, es que la resolución es fundamentada en derecho, por lo cual -a diferencia de procedimientos como la negociación o la propia conciliación- las partes tienen cierta garantía de que no prevalecerá su posición de poder sobre la otra, sino las normas internacionales que rigen la materia. En tercer lugar, el nivel de cumplimiento de una sentencia, por el carácter público del proceso judicial y por la solemnidad con la que está revestida una corte, tiende a ser más efectivo. Además, en ese mismo sentido, existen tribunales que se preocupan por dar seguimiento al cumplimiento de sus sentencias cómo se verá más adelante.

Los criterios que deben regular el actuar de un tribunal son varios; resaltamos aquí los más importantes. El primero es que el tribunal debe tener amplias facultades de investigación, siguiendo las disposiciones del ESD de la OMC, debe permitírsele solicitar información a las partes o asesoría especializada de cualquier fuente²⁶³. Además, siguiendo la facultad establecida en el Art. 36 (4) del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, es necesario que la propuesta Corte esté facultada para determinar por sí misma si es competente para conocer casos en los que las partes no

²⁶¹ J. G. Merrills, *International Dispute Settlement*, *Op. Cit.*, p. 127. Traducción del autor.

²⁶² *Ibíd.*, p. 145.

²⁶³ “Dado que las disputas comerciales frecuentemente pasan por preguntas altamente técnicas, el ESD ha dispuesto que un panel tiene derecho a buscar información y asesoría especial de cualquier fuente y establece específicamente que el panel puede solicitar la asesoría de un grupo de expertos (Art. 13.2) [...] se requiere que los miembros actúen de manera independiente y se descalifica la participación de nacionales de los estados en disputa bajo circunstancias normales”, J. G. Merrills, *International Dispute Settlement*, *Op. Cit.*, p. 222. Traducción del autor.

están de acuerdo sobre si el tribunal tiene jurisdicción. El alcance de esta facultad, que parte del conocido principio de *competence de la competente*, autorizaría al tribunal a ser él quien defina si es competente de conocer casos que sean sometidos por los Estados o los pueblos indígenas. Además, al regular el funcionamiento de la Corte es necesario que se le reconozca lo que la doctrina ha llamado ‘jurisdicción incidental’ en virtud de la cual tiene la facultad de indicar medidas provisionales de protección e interpretar una sentencia²⁶⁴. Las medidas provisionales de protección, tienen por “objeto proteger los derechos respectivos de cada uno de los partes mientras se espera la decisión final, asegurando que las medidas garanticen prevenir prejuicios irreparables a los derechos que son el tema de la disputa”²⁶⁵. La interpretación de una sentencia tiene por objeto “desentrañar el sentido de un fallo cuando una de las partes sostiene que el texto de sus puntos resolutiveos o de sus consideraciones carece de claridad o precisión, siempre y cuando esas consideraciones incidan en dicha parte resolutivea y, por tanto, no se puede pedir la modificación o anulación de la sentencia respectiva a través de una demanda de interpretación”²⁶⁶. El reconocimiento de las facultades de a) ser dueña de su propia competencia, 2) de dar medidas provisionales y, 3) interpretar sentencias; es quizá más importante de lo que se divisa *prima facie*. La resolución de conflictos que no habían sido resueltos por el derecho internacional moderno entre Estados y pueblos indígenas implica que el tribunal que los conozca vaya definiendo sus líneas procesales en la materia paulatinamente, por lo que las mencionadas facultades son herramientas necesarias para que la propuesta Corte pueda dar líneas claras de admisión de casos, de alcance de sentencias y que pueda hacer eficaces su sentencias.

Finalmente, se debe mencionar que una lectura no detenida, podría hacer pensar que la propuesta estaría duplicando los procesos internacionales para la protección de derechos de los pueblos indígenas, siendo que –especialmente en el Sistema Interamericano- ya están facultades para acceder a un proceso conciliatorio y judicial internacional. Sin embargo, hay una diferencia esencial. En el Sistema Interamericano los pueblos indígenas, solo una vez que hayan agotado los recursos internos, pueden

²⁶⁴ Ver sobre la jurisdicción incidental de la Corte Internacional de Justicia: *Ibíd.*, p. 136.

²⁶⁵ Corte Internacional de Justicia, *Caso relativo a las plantas de pasta de celulosa sobre el Río Uruguay entre Argentina y Uruguay* CICJ, Solicitud de medidas provisionales, 23 de enero de 2007, p. 8. Traducción del autor.

²⁶⁶ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Raxcacó Reyes*, Sentencia de 6 de febrero de 2006, Interpretación de la Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas, párr. 15.

solicitar protección internacional en orden a que se protejan sus derechos reconocidos en la Convención Americana sobre Derechos Humanos. La propuesta, es que un futuro tribunal permanente conozca las violaciones, no de esta Convención, sino de los tratados o acuerdos que regulen las relaciones de un pueblo indígena con un Estado que pueden regular amplios asuntos y derechos. En sentido normativo, se propone crear un tribunal que garantice la efectividad de instrumentos internacionales distintos.

2.4 Sede institucional de los procedimientos

Ahora salta la pregunta sobre qué organización internacional intergubernamental podrá dar paso a la creación de un procedimiento combinado de conciliación y solución judicial que garantice acuerdos y tratados entre Estados y pueblos indígenas. Mientras tanto la propuesta está en el aire. Así como la Organización de Naciones Unidas fue la organización internacional intergubernamental que permitió la creación de la Corte Internacional de Justicia, la Organización de Estados Americanos la que permitió la creación de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la Comunidad Europea la que permitió la creación de la Corte Europea de Derechos Humanos, la Unión Africana permitió la creación de la Corte Africana de Derechos Humanos, ¿Qué organismo internacional intergubernamental puede servir de foro para la creación del mecanismo que propone esta tesis?

Cómo mencioné al principio, esta tesis se preocupa principalmente de la realidad de los pueblos indígenas y Estados sudamericanos y en ese sentido pienso atender a la pregunta. Los organismos que podrían acoger la iniciativa del procedimiento propuesto son los que geográficamente no excluyen a los pueblos indígenas sudamericanos de entre sus competencias. Así, la Unión Africana o el Consejo de Europa *prima facie* quedan excluidos, mientras que la OEA, UNASUR, y el Foro de Pueblos Indígenas de la ONU serán instancias analizadas.

Si bien la pregunta tiene una faceta política sobre la que no se va a profundizar (que tienen que ver con qué organismo internacional tendría mayor apertura o voluntad política para atender un asunto como éste), existe también una faceta jurídica de la pregunta que se va a tratar. La cuestión jurídica es ¿Qué organismo

internacional intergubernamental, de acuerdo a los instrumentos que lo constituyeron como tal, está en capacidad de asumir un mecanismo de resolución de conflictos como el planteado?

Para precisar la pregunta, se debe recordar que las organizaciones internacionales son creadas por los Estados para lograr de manera más efectiva objetivos comunes y delimitados. En opinión de la Corte Internacional de Justicia, en la Opinión Consultiva sobre la *Legalidad de la amenaza o empleo de Armas Nucleares*, el objetivo de los instrumentos que crean organizaciones internacionales “es crear nuevos sujetos de derecho, dotados con cierta autonomía, a los cuales los Estados les confían la tarea de lograr objetivos comunes”²⁶⁷. Sin embargo la Corte añadió posteriormente en la misma Opinión que:

[L]as organizaciones internacionales son sujetos de derecho internacional que, a diferencia de los Estados, no poseen una competencia general. Las organizaciones internacionales están gobernadas por el “principio de especialidad”, es decir, están investidas con Poderes otorgados por los Estados que las han creado, poderes cuyos límites son una función de los intereses comunes cuya promoción los Estados han confiado a las organizaciones internacionales.²⁶⁸

Es por esto, que las organizaciones internacionales tienen limitado su accionar por el instrumento internacional que las instituyó. En este sentido, la creación de órganos jurisdiccionales en el seno de organismos internacionales intergubernamentales se ha dado porque estos últimos tenían como objetivo establecido en sus instrumentos constitutivos, de manera más o menos clara, la resolución de conflictos.

En el presente caso, en el que se propone la creación de un procedimiento conciliatorio-jurisdiccional, se debe determinar qué organismo internacional intergubernamental que tenga objetivos de algún modo relacionados con la realización de los derechos de los pueblos indígenas y la resolución de conflictos entre estos pueblos y los Estados.

²⁶⁷ Corte Internacional de Justicia, *Opinión Consultiva Sobre la Legalidad de la amenaza o empleo de Armas Nucleares*, párr. 19. Traducción del autor.

²⁶⁸ *Ibíd.*, párr. 25.

La novísima naturaleza de los planteamientos de la DNUDPI impide que encontremos organizaciones internacionales que planteen entre sus objetivos principales la resolución pacífica de controversias entre Estados y pueblos indígenas. Sin embargo, *lo importante es determinar si es que los derechos de los pueblos indígenas y la resolución de conflictos son una preocupación de las organizaciones internacionales.*

De verificarse esto, es posible argumentar que estas organizaciones internacionales en orden a garantizar los derechos de los pueblos indígenas, deben preocuparse por crear un procedimiento internacional para que se garanticen los acuerdos y tratados que mantienen con los Estados. Esto en razón de que a más de ser un derecho de los pueblos indígenas que existan procedimientos que resuelvan sus conflictos con los Estados (Art. 40 de la DNUDPI), adicionalmente, es congruente que la organización internacional se preocupe no solo por la resolución de conflictos entre Estados, sino de todos los sujetos internacionales que se encuentran dentro de los territorios sobre los que ejercen sus atribuciones, entre ellos los pueblos indígenas. Con estos antecedentes, se analizará qué organizaciones internacionales intergubernamentales, en virtud de sus instrumentos constitutivos, tienen mejores condiciones para crear la instancia de resolución de conflictos aquí propuesta.

2.4.1 Organización de Estados Americanos

La OEA, es una organización regional, que como otras regionales²⁶⁹, ha tenido entre sus objetivos la resolución pacífica de conflictos de sus Estados miembros. El marco jurídico de la organización está dado principalmente por tres instrumentos, el tercero de los cuáles se refiere directamente a ese asunto. Primero, está el Tratado Interamericano de Asistencia Recíproca, adoptado en 1947, que determina cómo se puede ejercer de manera efectiva el derecho a la autodefensa reconocido en el Art. 51 de la OEA, seguidamente se firmó la Carta de Bogotá, en 1948, que determina los principios de la Organización y define su estructura organización. El tercer tratado es el

²⁶⁹ Así el Acta Constitutiva de la Unión Africana también dispone entre sus objetivos la resolución pacífica de conflictos entre los Estados miembros.

Tratado Americano sobre Acuerdos Pacíficos (también conocido como Pacto de Bogotá), que contiene una elaborada regulación sobre la aplicación de la mediación, la investigación, la conciliación y el arreglo judicial en caso de controversias entre los Estados partes.

Cómo se revisó en el capítulo 1, en la OEA se ha establecido también el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, cuyo principal instrumento es la Convención Americana sobre Derechos Humanos, la misma que reconoce un catálogo de derechos y establece un tribunal para que conozca las violaciones internacionales a los mismos. Se revisó ya, como este instrumento ha servido para el reconocimiento internacional de los derechos de los pueblos indígenas. Adicionalmente, se debe señalar que dentro del Sistema Interamericano se ha elaborado el Proyecto de Declaración Interamericana de Derechos de los Pueblos Indígenas, con lo que se consolida una línea de preocupación por los derechos de estos pueblos.

En el sentido jurídico, los objetivos de la Organización de Estados Americanos, de resolución de conflictos a nivel internacional y de garantizar los derechos de las personas, así como de los pueblos indígenas; nos permiten concluir que es una organización en la que se podría llevar a cabo la propuesta de un mecanismo consultivo-jurisdiccional en el que se diriman los conflictos sobre acuerdos y tratados entre los Estados y los pueblos indígenas.

2.4.2 Unión de Naciones Sudamericanas

La Unión de Naciones Sudamericanas es la organización internacional regional intergubernamental de más reciente creación, su tratado constitutivo entró en vigor el 11 de marzo de 2011. Nace en un coyuntura histórica en la cuál los Estados sudamericanos parecen estar resueltos a iniciar un proceso de integración regional profundo que acarrearía la creación de una infraestructura institucional internacional de distintos

niveles²⁷⁰. UNASUR plantea en su articulado un mecanismo de resolución de conflictos entre sus miembros. El mismo que plantea negociaciones directas, y una doble instancia de mediación, primero ante el Consejo de Delegadas y Delegados, que formula recomendaciones de entendimiento, y posteriormente, ante el Consejo de Ministras y Ministros de Relaciones Exteriores²⁷¹.

Como hemos señalado, la importancia de que existan disposiciones sobre la resolución de conflictos en el ámbito de una organización internacional que pueda dar paso a una iniciativa de una instancia de resolución de conflictos entre Estados y pueblos indígenas, radica en que se hace más factible propiciar una iniciativa de esa naturaleza, si es que en la organización internacional originalmente –en su tratado constitutivo- ya existe la predisposición de la organización a resolver controversias internacionales en el ámbito geográfico en el que actúa, en este caso Sudamérica.

El hecho de que el ámbito geográfico de UNASUR sean los países de Argentina, Bolivia, Brasil, Colombia, Chile, Ecuador, Guyana, Paraguay, Perú, Suriname, Uruguay y Venezuela hace más persuasiva la propuesta de que en esta organización se establezca un mecanismo de resolución de conflictos como el propuesto, porque en los citados países existe una importante población indígena. En unos más que en otros, sin duda, pero a nivel regional, Sudamérica una de las regiones en el mundo con mayor población indígena.

En el preámbulo del Tratado Constitutivo de UNASUR se reconoce que las naciones sudamericanas son “multiétnicas, plurilingües y multiculturales” y se establece que la integración se basará en los “derechos humanos universales, indivisibles e

²⁷⁰ El Objetivo de UNASUR, según el Art. 2 de su Tratado Constitutivo es: Artículo 2
Objetivo

La Unión de Naciones Suramericanas tiene como objetivo construir, de manera participativa y consensuada, un espacio de integración y unión en lo cultural, social, económico y político entre sus pueblos. Brasilia, 23 de mayo de 2008.

Tratado Constitutivo de la Unión de Naciones Suramericanas. Adoptado por Argentina, Bolivia, Brasil, Colombia, Chile, Ecuador, Guyana, Paraguay, Perú, Suriname, Uruguay y Venezuela, en Brasilia, 23 de mayo de 2008.

²⁷¹ Art. 21 del Tratado Constitutivo de UNASUR.

interdependientes”²⁷². Es importante mencionar que entre los objetivos específicos de la organización se establece el de “la promoción de la diversidad cultural y las expresiones de la memoria y de los conocimientos y saberes de los pueblos de la región, para el fortalecimiento de sus identidades”²⁷³, lo que implícitamente refleja que se reconoce un posicionamiento dentro de proceso de integración a los pueblos indígenas.

La preocupación de UNASUR por los pueblos indígenas, antes ya había quedado en manifiesto cuando, antes de que se aprobara el texto de la DNUDPI, la cumbre de Jefes de Estado de UNASUR realizó un llamado a todos los Estados para que apoyen su aprobación en la AGNU, por considerar que se trataba de “una importante propuesta que reconoce los derechos de los Pueblos Indígenas, así como su contribución positiva en la construcción de las sociedades contemporáneas de la región”²⁷⁴.

Si bien de la agenda trazada por UNASUR solo podría decirse que el asunto de los pueblos indígenas está en un plano secundario, también es verdad que es la primera vez que en tanto en el texto constitutivo de una organización internacional y en sus primeras declaraciones se hace referencia a los pueblos indígenas, lo que no sucedió ni con Naciones Unidas, ni con la OEA. Sumado esto al hecho de la alta población indígena en la región, es posible plantear que en la intención de crear gradualmente una nueva institucionalidad internacional sudamericana²⁷⁵, cabe una propuesta sobre la resolución de conflictos entre Estados y pueblos indígenas.

2.4.3 Foro Permanente de Naciones Unidas Para las Cuestiones Indígenas

Este Foro, creado en el año 2002, es un órgano asesor del Consejo Económico y Social de Naciones Unidas al cual da recomendaciones sobre asuntos relacionados con

²⁷² Ver Preámbulo del Tratado Constitutivo de UNASUR.

²⁷³ Art. 3 del Tratado Constitutivo de UNASUR.

²⁷⁴ *Declaración Sobre la Declaración de Derechos de los Pueblos Indígenas de Naciones Unidas*. Cumbre de Jefes de Estado de UNASUR, adoptada en Cochabamba, 9 de diciembre 2006.

²⁷⁵ El Art. 21 del Tratado Constitutivo de UNASUR regula el proceso de creación de nuevas organizaciones y programas dentro de la propia organización de manera gradual y flexible.

los pueblos indígenas y también asesora a otras agencias de la organización²⁷⁶. El mismo está integrado por 16 miembros, ocho de ellos nominados por los gobiernos y elegidos por el Consejo, y ocho de ellos establecidos por el Presidente del Consejo previa consulta formal con organizaciones indígenas. En la DNUDPI, el Artículo 42, establece que este Foro está encargado de promover la plena aplicación del instrumento.

Desde que se rindió el Informe Final del “Estudio sobre los tratados, convenios y otros acuerdos constructivos entre los Estados y los pueblos indígenas” en 1999, el Relator Especial subrayó: “los beneficios que podría aportar el establecimiento de un órgano internacional (por ejemplo, el propuesto foro permanente de poblaciones indígenas) que, en ciertas circunstancias y con previa autorización general o para terms particulares de los Estados interesados, tuviese poder para adoptar una decisión final en las disputas entre los pueblos indígenas que viven dentro de las fronteras de un Estado moderno y las instituciones no indígenas incluidas estatales.”²⁷⁷ Esta idea fue recalcada en el Seminario de Expertos, sobre el mismo tema de dicho Estudio, que se llevó a cabo en Hobberna Canadá, el año 2006, donde “hubo un debate acerca del papel que podían desempeñar las Naciones Unidas y sus órganos, como el Foro Permanente de Naciones Unidas Para las Cuestiones Indígenas, como árbitros en caso de conflicto entre Estados y naciones indígenas”²⁷⁸, no obstante se señaló que eso requeriría “una considerable adaptación política y técnica por parte de las Naciones Unidas”²⁷⁹.

Por un lado el mecanismo propuesto podría ser acogido si se considera que en el Foro Permanente, donde existe una composición mixta (de delegados de los Estados y de pueblos indígenas) que es adecuada para que se decida sobre derecho las controversias que existan entre Estados y pueblos indígenas respecto a los tratados firmados entre ambas partes. Además, la resolución de estos tipos de conflictos

²⁷⁶ Consejo Económico y Social, Resolución 2000, 22.

²⁷⁷ Miguel Alfonso Martínez, Relator Especial, *Estudio sobre los tratados, convenios y otros acuerdos constructivos entre los estados y las poblaciones indígenas-Informe Final*, Op. Cit., parr. 315.

²⁷⁸ Littlechild Wilton y Carmen Andrea, Relatores, *Informe del Seminario de Expertos de las Naciones Unidas sobre tratados, convenios y otros acuerdos constructivos entre Estados y pueblos indígenas*, Op. Cit., párr. 15.

²⁷⁹ *Ibidem*.

compagina con su mandato, establecido en el Art. 42 de la DNUDPI, de hacer plena aplicación de la Declaración.

Después de este análisis de los instrumentos constitutivos de la OEA, UNASUR y FPNUPI y de sus objetivos específicos, jurídicamente es posible que las tres promuevan la creación de un mecanismo de resolución de conflictos como el propuesto.

Conclusiones Preliminares

En el presente capítulo, en primer lugar, se determinó un criterio que defina qué asuntos o materias deberían regularse en los tratados internacionales entre Estados y pueblos indígenas. El criterio debería ser el de sobreposición de derechos entre Estados y pueblos indígenas, así, cuando ambos actores tengan facultades concurrentes, como la facultad de ambos de administrar el territorio, entonces existe la obligación de establecer una regulación a través de un tratado. En sentido contrario, cuando existe una obligación exclusiva del Estado, como la de regular el espacio aéreo, en la que no existe ninguna potestad para el pueblo indígena, no existe una obligación de establecer una regulación en un tratado.

En segundo lugar, se analizó la necesidad de que exista un mecanismo que garantice los tratados internacionales que pueden suscribir Estados y pueblos indígenas en razón de que desde la perspectiva jurídica garantista, el reconocimiento de derechos tiene que ir de la mano de el establecimiento de un mecanismo que permita hacerlos efectivos en que caso de que una norma no se cumpla espontáneamente.

En tercer lugar, se arribó a la conclusión de que el mecanismo que resuelva los referidos conflictos debe ser un mecanismo de naturaleza internacional. El hecho de que según la DNUDPI, los tratados y acuerdos internacionales entre Estados y pueblos indígenas pueden tener carácter internacional; a lo que se suma el hecho de que la relación entre ambos sujetos internacionales es de carácter asociativa y no vertical; y que implicaría denegar la justicia a los pueblos indígenas permitir que sea solo el Estado –a través de sus órganos judiciales- el que unilateralmente decida sobre las controversias sobre estos instrumentos; se llega a la conclusión de que debe

ser una instancia internacional la que resuelva las controversias y garantice los derechos reconocidos en los tratados y acuerdos entre pueblos indígenas y Estados.

Se concluye también de este capítulo, que en virtud del Art. 33 de la Carta de la ONU y el Art. 40 de la DDPI, en primer lugar los Estados y los pueblos indígenas tienen la obligación de resolver pacíficamente las controversias que puedan surgir de sus relaciones. Adicionalmente, queda sentado que el mecanismo de resolución de dichas controversias está librado a la discreción de las partes. No obstante de aquello, se llegó a la conclusión de que para resolver las controversias que puedan surgir de la aplicación de tratados entre Estados y pueblos indígenas, resulta convincente la posibilidad de crear un mecanismo combinado de conciliación y solución judicial el que solucione estos conflictos.

A esta conclusión se arribó, después de revisar que los sistemas internacionales de derechos humanos, cuya jurisdicción es ampliamente aceptada por los Estados, juntan la conciliación y el arbitraje para que se resuelvan las controversias en la materia. Las principales ventajas que ofrece la conciliación son que evita que los conflictos –que no tienen canales de diálogos establecidos- se acrecienten; además, existen casos que demuestran que aun asuntos delicados, como los que están de por medio entre Estados y pueblos indígenas, se han resuelto a través de negociaciones, y sobretodo, es un mecanismo que induce al cumplimiento de las obligaciones por parte de los actores del conflicto sin necesidad de que se inicie un proceso contencioso internacional que alarga y hace más notorio el conflicto. Esto último es de gran interés para los Estados, que buscan que los asuntos de conflictos con los pueblos indígenas, no se transformen en casos que determinen su responsabilidad internacional. Se subrayó que, en un proceso de conciliación de tal naturaleza, se debía precautelar que el acuerdo al que se pueda llegar no menoscabe los derechos reconocidos en los instrumentos internacionales a los pueblos indígenas y además se recomendaba que el proceso sea privado, porque de esta forma se facilita la negociación entre las partes.

Se concluyó que la solución judicial debería ser la segunda etapa del mecanismo internacional de resolución de conflictos entre Estados y pueblos indígenas, en virtud de que si el proceso de conciliación no llega a un acuerdo, una decisión en derecho que se

vinculante era la única manera de resolver el conflicto. El grado de cumplimiento de una sentencia tiende a ser más efectivo por las solemnidades del proceso jurisdiccional, y aun más, si se establece que la Corte tenga la facultad de dar seguimiento a sus fallos.

Finalmente, se analizó que organización internacional intergubernamental podría crear un mecanismo de resolución de conflictos como el propuesto. Se concluyó, que las tres organizaciones analizadas, la OEA, UNASUR y el FPNU podrían, en consideración de sus instrumentos constitutivos y de los objetivos que persiguen dar cabida a un mecanismo de resolución de conflictos como el propuesto.

CONCLUSION

La extrañeza que puede producir el planteamiento de que los pueblos indígenas son sujetos de derecho internacional se disipa con la revisión histórica del status que tenían en los inicios de esta disciplina. Autores como Francisco de Vitoria reconocían el estatus de los pueblos indígenas en el derecho de gentes, y de hecho, en América la firma de tratados y acuerdos internacionales entre pueblos indígenas y europeos no fue extraña durante los primeros años de colonización. No obstante, el eurocentrismo de teóricos políticos posteriores, como Hobbes y Hegel, además de los planteamientos jurídicos de Emmerich de Vattel, así como el paulatino sometimiento bélico de los pueblos indígenas, fueron haciendo que estas relaciones con los pueblos indígenas se fueran “domesticando”, transformándose en un asunto interno de los Estados. El positivismo jurídico, hasta mediados del siglo XX, recogió estos planteamientos teóricos como dogmas jurídicos que daban por sentado que el derecho internacional es un asunto exclusivamente de Estados y los pueblos indígenas eran excluidos de la disciplina.

No obstante, después de la Segunda Guerra Mundial, gradualmente tratados internacionales reconocen derechos humanos a las personas que están dentro de los Estados, entendiendo de estos derechos son una preocupación de la comunidad internacional. El desarrollo de los derechos humanos dio cabida a que se inicie también la discusión sobre los derechos humanos de los pueblos indígenas. Así, muchos tratados de derechos humanos que se pensaba eran aplicables a individuos exclusivamente, se han aplicado a favor de pueblos indígenas en tanto colectivos. A la par del reconocimiento de los derechos humanos en instrumentos jurídicamente vinculantes, se han establecido mecanismos internacionales para exigir su cumplimiento a los Estados (como las Cortes Africana, Europea e Interamericana de Derechos Humanos). El reconocimiento de derechos a los individuos y de mecanismos internacionales para exigirlos ha llevado a la doctrina a considerar que los individuos son sujetos de derecho internacional, sujetos parciales, por no tener la amplitud de facultades que los Estados, pero con una indiscutible personalidad jurídica internacional. En este estudio, se concluyó que de modo similar, en la actualidad los pueblos indígenas también son sujetos de derecho internacional dado que existen instrumentos internacionales que los reconocen como titulares de derechos y además porque existen mecanismos internacionales para exigirlos. Los pueblos indígenas

tienen también una personalidad jurídica internacional limitada, pero que permite afirmar que los pueblos indígenas han vuelto al escenario internacional contemporáneo.

Esta disertación enfocó el derecho desde la teoría garantista, que exige como punto de partida determinar si existen derechos fundamentales que sean jurídicamente exigibles, si existe un “debe ser” normativizado. Por esta razón, se analizó el valor jurídico de la Declaración de Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas. Desde hace dos décadas, en la Organización de Naciones Unidas se desarrollo un debate sobre los derechos de los pueblos indígenas que tuvo como resultado la aprobación por parte de la AGNU de la referida Declaración. Este instrumento internacional da valor de norma consuetudinaria a los derechos que reconoce. Esto en razón de que estos derechos estaban siendo reconocidos por la práctica internacional de los Estados antes y después de aprobarse la Declaración, y en segundo lugar, porque existió un debate de más de dos décadas para que se apruebe la misma, el mismo que permitió a los Estados conocer y tener un entendimiento común de los contenidos de la Declaración. Es decir que existen los dos elementos necesarios para que emerja una norma consuetudinaria: una práctica internacional y el entendimiento de que la misma constituye derecho. Por lo que se concluyó que los derechos reconocidos en el instrumento son jurídicamente vinculantes para los Estados en cuanto expresan prácticas internacionales reconocidas como derecho por parte de la comunidad internacional.

En la DNUDPI se reconoce el derecho de los pueblos indígenas a la libre determinación, el mismo que se constituye un eje sobre el que giran los demás derechos. Este derecho implica que los pueblos son los que deben decidir su propio destino. Históricamente este derecho ha tenido implicaciones en la práctica internacional cuando ha sido aplicado en casos de colonización; de discriminación institucionalizada en razón de raza, credo o religión; de ocupación extranjera. Ahora cuando este derecho se refiere a los pueblos indígenas las implicaciones están dadas por las reglas específicas que establece la DNUDPI.

Las reglas de la Declaración, que desarrollan el derecho a la libre determinación, tienen como principal característica plantear que las relaciones entre el Estado y los pueblos indígenas deben ser bilaterales. A diferencia de la unilateralidad absoluta con que

el Estado se ha relacionado con los pueblos indígenas en Sudamérica desde el siglo XIX, ahora existen dos derechos que sirven para establecer la relación de bilateralidad. El primero es el derecho al consentimiento libre, informado y previo, mediante la cual se requiere el consentimiento de los pueblos indígenas previamente a realizar proyectos que ponen en peligro su vida cultural y física; no se trata de una mera consulta, sino que el peso de la decisión sobre realizar un proyecto pasa a los pueblos indígenas. En segundo lugar, se reconoce el derecho de los pueblos indígenas de suscribir tratados o acuerdos, incluso de carácter internacional, con los Estados de los que son parte.

La Declaración deja abierta la posibilidad de que las relaciones Estado-pueblos indígenas se realicen a través de leyes estatales y no mediante tratados o acuerdos, siempre que se respete el derecho a la consulta pre-legislativa y el derecho al consentimiento previo, libre e informado. Pero también abre la posibilidad de que las relaciones se realicen a través de tratados o acuerdos, además de que obliga a cumplir aquellos que los Estados hayan firmado en el pasado.

¿Cuál debe ser el contenido de estos tratados o acuerdos? La disertación concluye que se debe analizar jurídicamente los asuntos sobre los que existe una sobreposición, un encuentro y conflicto, entre los derechos del Estado y los de los pueblos indígenas. En aquellas materias donde ambas partes tienen derechos sobrepuestos nace la necesidad de un acuerdo. Por ejemplo, si ambas partes tienen derecho a los recursos naturales en el territorio del pueblo indígena, que también es territorio estatal, nace la necesidad de que exista un acuerdo sobre la materia. Si el Estado tiene un derecho exclusivo que no se sobrepone con un derecho de un pueblo indígena, por ejemplo el derecho al espacio aéreo, no existe necesidad de un acuerdo. O si es que el pueblo indígena tiene derechos que no son practicables, por ejemplo: si por los procesos de migración campo-ciudad los miembros de un pueblo indígena viven en una urbe, el pueblo indígena no podrá ejercer el derecho al territorio, entonces no existe necesidad de un acuerdo. Esta visión normativa permite determinar con objetividad los aspectos sobre los cuáles deben versar estos tratados o acuerdos y excluir aquellos asuntos que no tienen relevancia.

Una vez que se determinó que existe el derecho de los pueblos indígenas a suscribir tratados y acuerdos internacionales con los Estados de los que son parte, y además, se

determinó el alcance que tendría este derecho al referirnos cuál sería el contenido de estos acuerdos, el paradigma garantista exige a la teoría del derecho diseñar, si es que no existen, mecanismos de exigibilidad de este derecho. Es decir, que la teoría del derecho no solo debe determinar si los pueblos indígenas pueden o no suscribir tratados o acuerdos internacionales con los Estados, sino además debe definir de qué modo puede exigirse su cumplimiento para que no sean ilusorios. En esta disertación se concluyó que una instancia internacional de resolución de conflictos, que combine los métodos de conciliación y solución judicial, es el mecanismo más idóneo para que se garanticen los tratados o acuerdos que se puedan suscribir entre Estados y pueblos indígenas.

En primer lugar, se determinó que la obligación general de resolver pacíficamente las controversias internacionales establecida en la Carta de la ONU, obliga a los Estados también a resolver pacíficamente sus controversias con los pueblos indígenas. Esto en razón de que una controversia internacional puede involucrar no solo a Estados, sino que también puede involucrar a otros sujetos internacionales, como lo son las organizaciones internacionales o los propios pueblos indígenas. De lo contrario se caería en el absurdo de que los Estados deben resolver pacíficamente sus controversias con otros Estados, pero no con los demás sujetos de derecho internacional. Esta idea se refuerza por el Art. 40 de la DNUDPI donde se establece que los pueblos indígenas tienen derecho a procedimientos equitativos y justos para resolver sus controversias con los Estados. Posteriormente, se planteó que el mecanismo de resolución de conflictos tiene que ser un mecanismo internacional, debido a que si existe una controversia entre dos sujetos de derecho internacional, mal puede ser exclusivamente uno de ellos -a través de su órgano judicial- el que resuelva el asunto unilateralmente. Además, porque la justicia interna de los Estados ha demostrado ser históricamente ineficaz para resolver los asuntos atinentes a los pueblos indígenas.

Con estos presupuestos, se concluyó que de entre todos los mecanismos existentes en el derecho internacional para resolver controversias, el que ha sido más utilizado para resolver asuntos referentes a derechos humanos es aquel que combina la conciliación y posterior solución judicial. La conciliación, ofrece entre sus ventajas la oportunidad a los Estados de poder resolver un asunto sin que se llegue a configurar un caso que implique responsabilidad internacional, y que además, si es confidencial -como es la regla general-

permite que el conflicto no escale. No obstante, se ha de considerar que de llegarse a un acuerdo conciliatorio, su contenido no puede significar un menoscabo a los derechos de los pueblos indígenas conforme a los estándares internacionales. De fracasar la conciliación, se iniciaría un proceso de solución judicial que ofrece una decisión vinculante para las partes. No debe perderse de vista, que a diferencia de otros mecanismos de derechos humanos, este Tribunal no conocería directamente la vulneración de los derechos de los pueblos indígenas establecidos en instrumentos de derechos humanos, sino que su competencia estaría dada para conocer las controversias que surjan sobre tratados o acuerdos entre Estados y pueblos indígenas.

Finalmente, en orden de aterrizar la propuesta se analizó en qué foros internacionales sería posible que surja una instancia de resolución de conflictos entre Estados y pueblos indígenas como la planteada. No se analizó qué instancia tendría mayor voluntad política para hacerlo, eso corresponde a un análisis político y no jurídico, sino que se analizó que organismo internacional tiene instrumentos constitutivos en los que se establezca que dicho organismo busca la resolución de controversias internacionales y que además se preocupe por los derechos de los pueblos indígenas. Tras el análisis respectivo se concluyó que la Organización de Estados Americanos, la Unión de Naciones Sudamericanas y el Foro Permanente de Naciones Unidas Para Cuestiones Indígenas, podrían ser organismos en los que se de espacio a una instancia internacional de resolución de conflictos como la referida.

Actualmente existe una frustración entre los pueblos indígenas porque la relación con los Estados sigue siendo unilateral y, al menos en Sudamérica, esto ha implicado una aculturación forzada de baja pero constante intensidad. Para que esta aculturación forzada se detenga, los juristas estamos obligados a desarrollar teóricamente alternativas para que los pueblos indígenas tengan relaciones de bilateralidad y para ello debe profundizarse el estudio de las implicaciones de que sean sujetos de derecho internacional. Una de las implicaciones más importantes es que los pueblos indígenas tienen el derecho de suscribir tratados y acuerdos con los Estados y es fundamental para que las relaciones de bilateralidad con los Estados se cristalicen. Poner en práctica este derecho puede ser una herramienta decisiva para que se detenga esta aculturación forzada y para que en la mente de los habitantes de los Estados y del planeta se asiente

la idea de que los pueblos indígenas tienen igual condición y derecho de decidir su futuro que los demás pueblos de la comunidad internacional, aunque su vía no sea el desarrollo.

BIBLIOGRAFIA

Anaya, James, *Indigenous Peoples in International Law*. Oxford University Press, Second Edition, United States, 2004.

Barboza, Julio, *Derecho Internacional Público*. Zavalia Editor, Buenos Aires, 2001.

Boyle Alan y Chinkin Christine, *The Making of International Law*. Oxford University Press, Oxford, 2007.

Clavero, Bartolomé, *Geografía Jurídica de América Latina, Pueblos Indígenas entre Constituciones Mestizas*. Siglo XXI Editores, México, 2008.

Cassese, Antonio, *International Law*. Oxford University Press, Second Edition, Oxford, 2005.

Cassese, Antonio, *Self-determination of peoples: a legal reappraisal*. Hersch Lauterpacht Memorial Lectures, Grotius Publication, Cambridge University Press, Cambridge, 1995.

De las Casas, Bartolomé, *Historia de las Indias*. Introducción y edición de José Alcina Franch, El Libro de Bolsillo de Alianza Editorial, Madrid, 1995.

De Vitoria, Francisco, *Sobre el poder civil, Sobre los indios, Sobre el derecho de la guerra*. Estudio preliminar, traducción y notas de Luís Frayle Delgado, Editorial Tecnos, Colección Clásicos del Pensamiento, Madrid, 1998.

Ferrajoli, Luigi, *Derechos y garantías, La ley del más débil*. Introducción de Perfecto Andrés Ibáñez. Traducción de Perfecto Andrés Ibáñez y Andrea Greppi, Editorial Trotta, Madrid, 2001.

Ferrajoli, Luigi, *Garantismo, Una discusión sobre derecho y democracia*. Editorial Trotta, Traducción de Andrea Greppi, Madrid, 2006.

Hobbes, Thomas, *Leviatán*. Alianza Editorial, S.A., Madrid, Tercera Reimpresión, 1995.

Jesús Manacés Valverde y Carmen Gómez Calleja, *Informe en Minoría de la Comisión Especial Para Investigar y Analizar los Sucesos de Bagua*. Abril de 2010.

Merrills J. G., *International Dispute Settlement*. Cambridge University Press, Fourth Edition, Cambridge, United Kingdom, 2005.

Nakmbo Mugerwa, Peter, *Sujetos de derecho internacional*. En *Manual de Derecho Internacional Público*, varios Autores. Editado por Max Sorensen, Fondo de Cultura Económica, Décima Reimpresión, México D.F., 2008.

Nijman, Janne, *The Concept of International Legal Personality, An Inquiry Into the History and Theory of International Law*. T.M.C: ASSER PRESS y Cambridge University Press, The Hague, Netherlands, 2004.

Organización Internacional del Trabajo, *Aplicación del Convenio No. 169 de la OIT por Tribunales Nacionales e Internacionales en América Latina, una recopilación de casos*. OIT, Programa para promover el Convenio No. 169 de la OIT, Ginebra, 2009.

Paulsson, Jan, *Denial of Justice in International Law*. Cambridge University Press, Reino Unido, 2005.

Varios Autores, *Declaración Sobre Los Derechos de los Pueblos Indígenas, Hacia un Mundo Intercultural y Sostenible*. Editores Natalia Álvarez, Daniel Oliva Martínez, Nieves Zúñiga García-Falces, Editorial Catarata, Madrid, 2009:

Álvarez Natalia, *El Sujeto Indígenas y el Derecho de Autodeterminación en la Declaración de Naciones Unidas Sobre Derechos de los Pueblos Indígenas: ¿Tienen Los Pueblos Indígenas Personalidad Jurídica Internacional?*

James Anaya, *Por qué no debería existir una Declaración sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas*

Yrigoyen Fajardo, Raquel, *Integración y complementariedad de los derechos de participación*.

Varios Autores, *Etnicidad y poder en los países Andinos*. Christian Büschges, Guillermo Bustos y Olaf Kaltmeier, compiladores, Universidad Andina Simón Bolívar, Corporación Editora Nacional, 2007:

Becker, Marc, *El Estado y la etnicidad en la Asamblea Constituyente de 1944-1945*.

Stavenhagen, Rodolfo, *Derecho Indígena y Derechos Humanos en América Latina*. Instituto Interamericano de Derechos Humanos y el Colegio de México, Primera Edición, 1988:

Junqueira, Carmen y Paiva, Eunice, *La Legislación Brasileira y las poblaciones indígenas en el Brasil*.

Wilhelmi, Marco Aparicio, *El derecho de los pueblos indígenas a la Libre Determinación*. En *Pueblos indígenas y derechos humanos*, Mikel Berraondo (Coord.) Instituto de Derechos Humanos, Serie Derechos Humanos, vol. 14, 2006, Universidad de Deusto, Bilbao, Impreso en España/Printed in Spain.

Revistas

Cançado Trindade, Antonio. "La persona humana como sujeto del derecho internacional: avances de su capacidad jurídica internacional en la primera década del siglo XXI". *Revista del Instituto Interamericano de Derechos Humanos*, Vol. 46, 2007, p. 273

Granato Leonardo y Oddone Nahuel. “En torno al problema de la personalidad internacional del individuo”. *Revista IMES Direit*, Año VI-No. 11-jul/dez 2005.

International Law Commission. “Ways and means for making the evidence of customary international law more readily available”. *Year Book of International Law Commission*, Vo. II 1950.

Institute of International Law. “Regulations on the Procedures of International Conciliation adopted by the Institute of International Law”. *Annuaire*, adoptadas en la Sesión de Salzburgo, 11 de septiembre de 1961, pp. 385-91.

Ludovic, Hennebel. “La Convención Americana de Derechos Humanos y la Protección de los Derechos de los Pueblos Indígenas”. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, nueva serie, año XLVIII, N. 127, enero-abril de 2010

Law and Antropology, International Yearbook for Legal Antropology, Volume 12, Martinus Nijhogg Publishers, René Kuppe y Richard Potz editores, Boston, 2005:

Rodríguez-Piñero, Luís. “Historical Anomalies, Contemporary Consequences: International Supervision of the ILO Convention On Indigenous and Tribal Peoples (No. 169)”.

Clavero, Bartolomé. “Treaties with Peoples or Constitutions for States: a Predicament of the Americas”.

James Anaya, “Emergence of Customary International Law Concerning the Rights of Indigenous Peoples”.

Internet

Pacari, Nina. *Avance de la legislación ecuatoriano sobre tierra y territorios de los pueblos indígenas*. Conferencia realizada en el Instituto Interamericano de Derechos Humanos, a propósito del Encuentro Estratégico de Organizaciones-Redes por la Incidencia, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, Costa Rica, 19 a 21 de agosto de 2003. En: http://www.iidh.ed.cr/comunidades/diversidades/docs/div_docpublicaciones/el%20caso%20de%20ecuador%20tierra%20y%20territorio.pdf Acceso: 23 de octubre de 2010.

Centro por la Justicia y el Derecho Internacional. *Corte Interamericana y CIDH reforman sus reglamentos*. En <http://cejil.org/comunicados/corte-y-cidh-reforman-sus-reglamentos> Acceso: 10 de agosto de 2010.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Exposición de Motivos de la Reforma Reglamentaria*. En http://www.corteidh.or.cr/regla_esp.pdf Acceso: 24 de noviembre de 2010.

Instrumentos Internacionales

Acuerdo de Londres Para el Establecimiento de un Tribunal Internacional. Estados Unidos de América, la República Francesa, Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del

Norte y la Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas, adoptado en Londres, el 8 de agosto de 1945.

Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos. Asamblea de Jefes de Estado y de Gobierno de la Organización de la Unidad Africana, adoptada en Nairobi, 27 de junio de 1981.

Carta de las Naciones Unidas. Conferencia de las Naciones Unidas sobre Organización Internacional, adoptada en San Francisco, el 26 de junio de 1945.

Constitución de la Organización Internacional del Trabajo. Conferencia Internacional del Trabajo, adoptada en Filadelfia, el 9 de octubre de 1944.

Convención Americana sobre Derechos Humanos. Conferencia Especializada Interamericana Sobre Derechos Humanos, adoptada en San José, el 22 de noviembre de 1969

Convenio 107 Sobre la Protección de Indígenas y Otras Poblaciones Tribales y Semitribales en Países Independientes. Conferencia Internacional del Trabajo, adoptado el 26 de Junio de 1957.

Convenio No. 169 Sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes. Conferencia General de la Organización Internacional del Trabajo, adoptado el 27 de junio de 1989.

Convenio Para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales. Consejo de Europa, adoptado en Roma, el 4 de noviembre de 1950.

Convenio de Aviación Civil Internacional. Adoptado en Chicago, el 7 de diciembre de 1944.

Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas. Asamblea General de Naciones Unidas, adoptado el 7 de septiembre de 2007.

Declaración Sobre la Declaración de Derechos de los Pueblos Indígenas de Naciones Unidas. Cumbre de Jefes de Estado de UNASUR, adoptada en Cochabamba, 9 de diciembre 2006.

Declaración sobre los principios de derecho internacional referentes a las relaciones de amistad y a la cooperación entre los Estados de conformidad con la Carta de Naciones Unidas. Asamblea General de Naciones Unidas, aprobada el 24 de octubre de 1970.

Declaración Universal de Derechos Humanos. Asamblea General de Naciones Unidas, adoptada y proclamada por el 10 de diciembre de 1948.

Entendimiento Relativo a Normas y Procedimientos Por los que se Rige la Solución de Diferencias., Anexo 2 al Tratado Constitutivo de la Organización Mundial de Comercio. Adoptado por la Organización Mundial de Comercio, 11 de diciembre de 1996.

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Asamblea General de Naciones Unidas, adoptada el 16 de diciembre de 1966.

Primer Protocolo Facultativo al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Asamblea General de Naciones Unidas, adoptado el 16 de diciembre de 1966.

Protocolo No. 11 al Convenio Para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales. Consejo de Europa, adoptado el 11 de mayo de 1994.

Proyecto de Artículos sobre la Responsabilidad del Estado por Actos Internacionalmente Ilícitos. Comisión de Derecho Internacional, adoptado en su 53º período de sesiones (A/56/10) y anexoado por la Asamblea General de Naciones Unidas en su Resolución 56/83, de 12 de diciembre de 2001.

Proyecto de Declaración de Derechos de los Pueblos Indígenas. Subcomisión de Naciones Unidas para la Prevención de la Discriminación y Protección de Minorías, adoptado el 26 de agosto de 1994.

Proyecto de Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, aprobada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Comisión Interamericana, Reporte Anual de 1997.

Tratado Constitutivo de la Unión de Naciones Suramericanas. Adoptado por Argentina, Bolivia, Brasil, Colombia, Chile, Ecuador, Guyana, Paraguay, Perú, Suriname, Uruguay y Venezuela, en Brasilia, 23 de mayo de 2008.

Resoluciones de organismos internacionales

Asamblea General de Naciones Unidas, Resolución 41/101, de 4 de diciembre de 1986.

Asamblea General de Naciones Unidas, Resolución 31/154 A, de 20 de diciembre de 1976.

Comisión de Derechos Humanos, *Sobre la creación del Grupo de Trabajo Sobre Poblaciones Indígenas.* Resolución 1982/19, 10 de marzo de 1982

Comisión de Derechos Humanos, *Creación del grupo de Trabajo para examinar el proyecto de declaración para que fuera examinado y aprobado por la Asamblea General.* Resolución 1995/32, 3 de marzo de 1995.

Consejo Económico y Social, *Establecimiento del Foro Permanente para las Cuestiones Indígenas.* Resolución 2000/22, 28 de julio de 2000.

Consejo Económico y Social, *Sobre la creación del Grupo de Trabajo Sobre Poblaciones Indígenas.* Resolución 1982/34, 7 de mayo de 1982.

Consejo de Seguridad, Resolución 417 (Relativa a la discriminación en Sudáfrica), de 31 de Octubre 1977.

Consejo de Seguridad, Resolución 460 (Relativa a Rodesia del Sur), 21 de diciembre de 1979.

Otros estándares internacionales de derechos humanos

Comité de Derechos Humanos, *Observación General No. 23 Derecho de las minorías Art. 27*. 50º período de sesiones, 1994.

Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial, *Recomendación General No. XXIV relativa al Art. 1 de la Convención*. 55º período de sesiones, 1999.

Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial, *Recomendación General No. XXIII relativa a los derechos de los pueblos indígenas*. 51º período de sesiones, 1997.

James Anaya, *Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas, La situación de los pueblos indígenas en Chile: seguimiento a las recomendaciones hechas por el Relator Especial anterior*, 5 de octubre de 2009.

James Anaya, *Declaración pública del Relator Especial sobre los derechos humanos y libertades fundamentales de los indígenas, sobre la “Ley del derecho a la consulta previa a los pueblos indígenas u originarios reconocido en el Convenio No. 169 de la Organización Internacional de Trabajo” aprobada por el Congreso de la República del Perú*, 7 de julio de 2010.

Mario Ibarra, *Informe del Seminario de Expertos sobre Tratados, Convenios, y otros Acuerdos Constructivos entre los Estados y los Pueblos Indígenas*. Evento organizado por la Oficina del Alto Comisionado de Derechos Humanos de Naciones Unidas, Ginebra de 15-17 de diciembre de 2003.

Miguel Alfonso Martínez, Relator Especial, *Estudio sobre los tratados, convenios y otros acuerdos constructivos entre Estados y las Poblaciones Indígenas- Informe Final*. COMISIÓN DE DERECHOS HUMANOS Subcomisión de Prevención de Discriminaciones y Protección de las Minorías, 51º período de sesiones, 22 de julio de 1999.

Wilton Littlechild y Andrea Carmen, *Informe del Seminario de expertos de las Naciones Unidas sobre tratados, convenios y otros acuerdos constructivos entre Estados y Pueblos indígenas*. Evento organizado por la Oficina del Alto Comisionado de Derechos Humanos de Naciones Unidas, Hobberna, de 14-17 de noviembre de 2006.

Wilton Littlechild, Relator, *Informe del seminario sobre tratados, convenios y otros acuerdos constructivos entre Estados y pueblos indígenas*. Evento realizado en Ginebra, 15 a 17 de diciembre de 2003.

Jurisprudencia internacional

Comité de Derechos Humanos, *George Howard*, Comunicación 879/1999, 26 de Julio de 2005.

Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Aloeboetoe*, 4 de diciembre de 1991.

Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso de la Comunidad Mayanga (Sumo) Awas Tingi*, 1 de febrero de 2000.

Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Cantos*, Septiembre 7 de 2001.

Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso de la Comunidad de Moiwana*, 15 de junio de 2005.

Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso de la comunidad indígena Yackye Axa*, 17 de junio de 2005.

Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Raxcacó Reyes*, Sentencia de 6 de febrero de 2006, Interpretación de la Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas, párr. 15.

Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Saramaka*, 28 de noviembre de 2007.

Corte Internacional de Justicia, Opinión Consultiva sobre la “*Reparación de Daños Sufridos al Servicio de las Naciones Unidas*”, 11 de abril de 1949.

Corte Internacional de Justicia, *Opinión Consultiva Sobre la Legalidad de la amenaza o uso de Armas Nucleares*, 8 de julio de 1966.

Corte Internacional de Justicia, *Caso de la Plataforma continental del mar del Norte*, 20 de febrero de 1969.

Corte Internacional de Justicia, *Caso “Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited”*, 5 de febrero de 1970.

Corte Internacional de Justicia, *Opinión Consultiva sobre el Sahara Occidental*, 16 de octubre de 1975.

Corte Internacional de Justicia, *Caso concerniente a las Actividades Milites y Paramilitares en y contra Nicaragua*, Nicaragua contra Estados Unidos de America, 27 de junio de 1986

Corte Internacional de Justicia, *Opinión Consultiva sobre las Consecuencias Jurídicas de la Construcción de un Muro en Territorio Palestino Ocupado*, 13 de julio de 2004.

Corte Internacional de Justicia, *Caso relativo a las plantas de pasta de celulosa sobre el Río Uruguay entre Argentina y Uruguay* CICJ, Solicitud de medidas provisionales, 23 de enero de 2007, p. 8.

Corte Internacional de Justicia, *Opinión Consultiva sobre la Concordancia con el Derecho Internacional de la Declaración Unilateral de Independencia de Kosovo*, 22 de julio de 2010.

Normas nacionales

Canadean Constitution, 1992.

Constituição do Brasil, 1988.

Constitución de Colombia, 1991

Constitución de Ecuador, 2008.

Constitución Política del Estado Plurinacional de Bolivia, 2009.

Jurisprudencia nacional

Corte Suprema de Australia, *Mabo v. Queensland*, 3 de junio de 1992.

Corte Suprema Justicia de la Nación, *Caso de la comunidad indígena Hoktek t'oi pueblo Wichi v. Secretaria de medio Ambiente y Desarrollo*, 8 de septiembre de 2003.

Corte Suprema de Belice, *Aurelio Cal por derecho propio y en nombre de la Comunidad Maya de Santa Cruz y otros v. Procurador General de Belice y otros*, 17 de octubre de 2007.

Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-769, *Álvaro Balarín y otros contra los Ministerios de Interior y de Justicia, de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial, de Defensa, de Protección Social, de Minas y Energía*, 29 de octubre de 2009.

ANEXO

Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas

Resolución aprobada por la Asamblea General, 13 de septiembre de 2007

La Asamblea General,

Guiada por los propósitos y principios de la Carta de las Naciones Unidas y la buena fe en el cumplimiento de las obligaciones contraídas por los Estados de conformidad con la Carta,

Afirmando que los pueblos indígenas son iguales a todos los demás pueblos y reconociendo al mismo tiempo el derecho de todos los pueblos a ser diferentes, a considerarse a sí mismos diferentes y a ser respetados como tales,

Afirmando también que todos los pueblos contribuyen a la diversidad y riqueza de las civilizaciones y culturas, que constituyen el patrimonio común de la humanidad,

Afirmando además que todas las doctrinas, políticas y prácticas basadas en la superioridad de determinados pueblos o personas o que la propugnan aduciendo razones de origen nacional o diferencias raciales, religiosas, étnicas o culturales son racistas, científicamente falsas, jurídicamente inválidas, moralmente condenables y socialmente injustas,

Reafirmando que, en el ejercicio de sus derechos, los pueblos indígenas deben estar libres de toda forma de discriminación,

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

Consciente de la urgente necesidad de respetar y promover los derechos intrínsecos de los pueblos indígenas, que derivan de sus estructuras políticas, económicas y sociales y de sus culturas, de sus tradiciones espirituales, de su historia y de su filosofía, especialmente los derechos a sus tierras, territorios y recursos,

Consciente también de la urgente necesidad de respetar y promover los derechos de los pueblos indígenas afirmados en tratados, acuerdos y otros arreglos constructivos con los Estados,

Celebrando que los pueblos indígenas se estén organizando para promover su desarrollo político, económico, social y cultural y para poner fin a todas las formas de discriminación y opresión dondequiera que ocurran,

Convencida de que el control por los pueblos indígenas de los acontecimientos que los afecten a ellos y a sus tierras, territorios y recursos les permitirá mantener y reforzar sus instituciones, culturas y tradiciones y promover su desarrollo de acuerdo con sus aspiraciones y necesidades,

Considerando que el respeto de los conocimientos, las culturas y las prácticas tradicionales indígenas contribuye al desarrollo sostenible y equitativo y a la ordenación adecuada del medio ambiente,

Destacando la contribución de la desmilitarización de las tierras y territorios de los pueblos indígenas a la paz, el progreso y el desarrollo económicos y sociales, la comprensión y las relaciones de amistad entre las naciones y los pueblos del mundo,

Reconociendo en particular el derecho de las familias y comunidades indígenas a seguir compartiendo la responsabilidad por la crianza, la formación, la educación y el bienestar de sus hijos, en observancia de los derechos del niño,

Considerando que los derechos afirmados en los tratados, acuerdos y otros arreglos constructivos entre los Estados y los pueblos indígenas son, en algunas situaciones, asuntos de preocupación, interés y responsabilidad internacional, y tienen carácter internacional,

Considerando también que los tratados, acuerdos y demás arreglos constructivos, y las relaciones que éstos representan, sirven de base para el fortalecimiento de la asociación entre los pueblos indígenas y los Estados,

Reconociendo que la Carta de las Naciones Unidas, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, así como la Declaración y el Programa de Acción de Viena afirman la importancia fundamental del derecho de todos los pueblos a la libre determinación, en virtud del cual éstos determinan libremente su condición política y persiguen libremente su desarrollo económico, social y cultural,

Teniendo presente que nada de lo contenido en la presente Declaración podrá utilizarse para negar a ningún pueblo su derecho a la libre determinación, ejercido de conformidad con el derecho internacional,

Convencida de que el reconocimiento de los derechos de los pueblos indígenas en la presente Declaración fomentará relaciones armoniosas y de cooperación entre los Estados y los pueblos indígenas, basadas en los principios de la justicia, la democracia, el respeto de los derechos humanos, la no discriminación y la buena fe,

Alentando a los Estados a que cumplan y apliquen eficazmente todas sus obligaciones para con los pueblos indígenas dimanantes de los instrumentos internacionales, en particular las relativas a los derechos humanos, en consulta y cooperación con los pueblos interesados,

Subrayando que corresponde a las Naciones Unidas desempeñar un papel importante y continuo de promoción y protección de los derechos de los pueblos indígenas,

Considerando que la presente Declaración constituye un nuevo paso importante hacia el reconocimiento, la promoción y la protección de los derechos y las libertades de los pueblos indígenas y en el desarrollo de actividades pertinentes del sistema de las Naciones Unidas en esta esfera,

Reconociendo y reafirmando que las personas indígenas tienen derecho sin discriminación a todos los derechos humanos reconocidos en el derecho internacional, y que los pueblos indígenas poseen derechos colectivos que son indispensables para su existencia, bienestar y desarrollo integral como pueblos,

Reconociendo que la situación de los pueblos indígenas varía según las regiones y los países y que se debe tener en cuenta la significación de las particularidades nacionales y regionales y de las diversas tradiciones históricas y culturales,

Proclama solemnemente la Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas, cuyo texto figura a continuación, como ideal común que debe perseguirse en un espíritu de solidaridad y respeto mutuo:

Artículo 1

Los indígenas tienen derecho, como pueblos o como personas, al disfrute pleno de todos los derechos humanos y las libertades fundamentales reconocidos por la Carta de las Naciones Unidas, la Declaración Universal de Derechos Humanos(4) y la normativa internacional de los derechos humanos.

Artículo 2

Los pueblos y las personas indígenas son libres e iguales a todos los demás pueblos y personas y tienen derecho a no ser objeto de ningún tipo de discriminación en el ejercicio de sus derechos, en particular la fundada en su origen o identidad indígenas.

Artículo 3

Los pueblos indígenas tienen derecho a la libre determinación. En virtud de ese derecho determinan libremente su condición política y persiguen libremente su desarrollo económico, social y cultural.

Artículo 4

Los pueblos indígenas, en ejercicio de su derecho de libre determinación, tienen derecho a la autonomía o al autogobierno en las cuestiones relacionadas con sus asuntos internos y locales, así como a disponer de los medios para financiar sus funciones autónomas.

Artículo 5

Los pueblos indígenas tienen derecho a conservar y reforzar sus propias instituciones políticas, jurídicas, económicas, sociales y culturales, manteniendo a la vez su derecho a participar plenamente, si lo desean, en la vida política, económica, social y cultural del Estado.

Artículo 6

Toda persona indígena tiene derecho a una nacionalidad.

Artículo 7

1. Las personas indígenas tienen derecho a la vida, la integridad física y mental, la libertad y la seguridad de la persona.
2. Los pueblos indígenas tienen el derecho colectivo de vivir en libertad, paz y seguridad como pueblos distintos y no serán sometidos a ningún acto de genocidio ni a ningún otro acto de violencia, incluido el traslado forzado de niños del grupo a otro grupo.

Artículo 8

1. Los pueblos y las personas indígenas tienen derecho a no sufrir la asimilación forzada o la destrucción de su cultura.
2. Los Estados establecerán mecanismos eficaces para la prevención y el resarcimiento de:
 - a) Todo acto que tenga por objeto o consecuencia privar a los pueblos y las personas indígenas de su integridad como pueblos distintos o de sus valores culturales o su identidad étnica;
 - b) Todo acto que tenga por objeto o consecuencia enajenarles sus tierras, territorios o recursos;
 - c) Toda forma de traslado forzado de población que tenga por objeto o consecuencia la violación o el menoscabo de cualquiera de sus derechos;
 - d) Toda forma de asimilación o integración forzada;
 - e) Toda forma de propaganda que tenga como fin promover o incitar a la discriminación racial o étnica dirigida contra ellos.

Artículo 9

Los pueblos y las personas indígenas tienen derecho a pertenecer a una comunidad o nación indígena, de conformidad con las tradiciones y costumbres de la comunidad o nación de que se trate. No puede resultar ninguna discriminación de ningún tipo del ejercicio de ese derecho.

Artículo 10

Los pueblos indígenas no serán desplazados por la fuerza de sus tierras o territorios. No se procederá a ningún traslado sin el consentimiento libre, previo e informado de los pueblos indígenas interesados, ni sin un acuerdo previo sobre una indemnización justa y equitativa y, siempre que sea posible, la opción del regreso.

Artículo 11

1. Los pueblos indígenas tienen derecho a practicar y revitalizar sus tradiciones y costumbres culturales. Ello incluye el derecho a mantener, proteger y desarrollar las manifestaciones pasadas, presentes y futuras de sus culturas, como lugares arqueológicos e históricos, utensilios, diseños, ceremonias, tecnologías, artes visuales e interpretativas y literaturas.
2. Los Estados proporcionarán reparación por medio de mecanismos eficaces, que podrán incluir la restitución, establecidos conjuntamente con los pueblos indígenas, respecto de los bienes culturales, intelectuales, religiosos y espirituales de que hayan sido privados sin su consentimiento libre, previo e informado o en violación de sus leyes, tradiciones y costumbres.

Artículo 12

1. Los pueblos indígenas tienen derecho a manifestar, practicar, desarrollar y enseñar sus tradiciones, costumbres y ceremonias espirituales y religiosas; a mantener y proteger sus

lugares religiosos y culturales y a acceder a ellos privadamente; a utilizar y controlar sus objetos de culto, y a obtener la repatriación de sus restos humanos.

2. Los Estados procurarán facilitar el acceso y/o la repatriación de objetos de culto y de restos humanos que posean mediante mecanismos justos, transparentes y eficaces establecidos conjuntamente con los pueblos indígenas interesados.

Artículo 13

1. Los pueblos indígenas tienen derecho a revitalizar, utilizar, fomentar y transmitir a las generaciones futuras sus historias, idiomas, tradiciones orales, filosofías, sistemas de escritura y literaturas, y a atribuir nombres a sus comunidades, lugares y personas y mantenerlos.

2. Los Estados adoptarán medidas eficaces para garantizar la protección de ese derecho y también para asegurar que los pueblos indígenas puedan entender y hacerse entender en las actuaciones políticas, jurídicas y administrativas, proporcionando para ello, cuando sea necesario, servicios de interpretación u otros medios adecuados.

Artículo 14

1. Los pueblos indígenas tienen derecho a establecer y controlar sus sistemas e instituciones docentes que impartan educación en sus propios idiomas, en consonancia con sus métodos culturales de enseñanza y aprendizaje.

2. Las personas indígenas, en particular los niños indígenas, tienen derecho a todos los niveles y formas de educación del Estado sin discriminación.

3. Los Estados adoptarán medidas eficaces, junto con los pueblos indígenas, para que las personas indígenas, en particular los niños, incluidos los que viven fuera de sus comunidades, tengan acceso, cuando sea posible, a la educación en su propia cultura y en su propio idioma.

Artículo 15

1. Los pueblos indígenas tienen derecho a que la dignidad y diversidad de sus culturas, tradiciones, historias y aspiraciones queden debidamente reflejadas en la educación pública y los medios de información públicos.

2. Los Estados adoptarán medidas eficaces, en consulta y cooperación con los pueblos indígenas interesados, para combatir los prejuicios y eliminar la discriminación y promover la tolerancia, la comprensión y las buenas relaciones entre los pueblos indígenas y todos los demás sectores de la sociedad.

Artículo 16

1. Los pueblos indígenas tienen derecho a establecer sus propios medios de información en sus propios idiomas y a acceder a todos los demás medios de información no indígenas sin discriminación alguna.

2. Los Estados adoptarán medidas eficaces para asegurar que los medios de información públicos reflejen debidamente la diversidad cultural indígena. Los Estados, sin perjuicio de la obligación de asegurar plenamente la libertad de expresión, deberán alentar a los medios de comunicación privados a reflejar debidamente la diversidad cultural indígena.

Artículo 17

1. Las personas y los pueblos indígenas tienen derecho a disfrutar plenamente de todos los derechos establecidos en el derecho laboral internacional y nacional aplicable.

2. Los Estados, en consulta y cooperación con los pueblos indígenas, tomarán medidas

específicas para proteger a los niños indígenas contra la explotación económica y contra todo trabajo que pueda resultar peligroso o interferir en la educación del niño, o que pueda ser perjudicial para la salud o el desarrollo físico, mental, espiritual, moral o social del niño, teniendo en cuenta su especial vulnerabilidad y la importancia de la educación para el pleno ejercicio de sus derechos.

3. Las personas indígenas tienen derecho a no ser sometidas a condiciones discriminatorias de trabajo, entre otras cosas, empleo o salario.

Artículo 18

Los pueblos indígenas tienen derecho a participar en la adopción de decisiones en las cuestiones que afecten a sus derechos, por conducto de representantes elegidos por ellos de conformidad con sus propios procedimientos, así como a mantener y desarrollar sus propias instituciones de adopción de decisiones.

Artículo 19

Los Estados celebrarán consultas y cooperarán de buena fe con los pueblos indígenas interesados por medio de sus instituciones representativas antes de adoptar y aplicar medidas legislativas o administrativas que los afecten, a fin de obtener su consentimiento libre, previo e informado.

Artículo 20

1. Los pueblos indígenas tienen derecho a mantener y desarrollar sus sistemas o instituciones políticos, económicos y sociales, a que se les asegure el disfrute de sus propios medios de subsistencia y desarrollo y a dedicarse libremente a todas sus actividades económicas tradicionales y de otro tipo.

2. Los pueblos indígenas desposeídos de sus medios de subsistencia y desarrollo tienen derecho a una reparación justa y equitativa.

Artículo 21

1. Los pueblos indígenas tienen derecho, sin discriminación alguna, al mejoramiento de sus condiciones económicas y sociales, entre otras esferas, en la educación, el empleo, la capacitación y el readiestramiento profesionales, la vivienda, el saneamiento, la salud y la seguridad social.

2. Los Estados adoptarán medidas eficaces y, cuando proceda, medidas especiales para asegurar el mejoramiento continuo de sus condiciones económicas y sociales. Se prestará particular atención a los derechos y necesidades especiales de los ancianos, las mujeres, los jóvenes, los niños y las personas con discapacidad indígenas.

Artículo 22

1. Se prestará particular atención a los derechos y necesidades especiales de los ancianos, las mujeres, los jóvenes, los niños y las personas con discapacidad indígenas en la aplicación de la presente Declaración.

2. Los Estados adoptarán medidas, junto con los pueblos indígenas, para asegurar que las mujeres y los niños indígenas gocen de protección y garantías plenas contra todas las formas de violencia y discriminación.

Artículo 23

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

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

Artículo 24

1. Los pueblos indígenas tienen derecho a sus propias medicinas tradicionales y a mantener sus prácticas de salud, incluida la conservación de sus plantas medicinales, animales y minerales de interés vital. Las personas indígenas también tienen derecho de acceso, sin discriminación alguna, a todos los servicios sociales y de salud.
2. Las personas indígenas tienen derecho a disfrutar por igual del nivel más alto posible de salud física y mental. Los Estados tomarán las medidas que sean necesarias para lograr progresivamente la plena realización de este derecho.

Artículo 25

Los pueblos indígenas tienen derecho a mantener y fortalecer su propia relación espiritual con las tierras, territorios, aguas, mares costeros y otros recursos que tradicionalmente han poseído u ocupado y utilizado de otra forma y a asumir las responsabilidades que a ese respecto les incumben para con las generaciones venideras.

Artículo 26

1. Los pueblos indígenas tienen derecho a las tierras, territorios y recursos que tradicionalmente han poseído, ocupado o de otra forma utilizado o adquirido.
2. Los pueblos indígenas tienen derecho a poseer, utilizar, desarrollar y controlar las tierras, territorios y recursos que poseen en razón de la propiedad tradicional u otra forma tradicional de ocupación o utilización, así como aquellos que hayan adquirido de otra forma.
3. Los Estados asegurarán el reconocimiento y protección jurídicos de esas tierras, territorios y recursos. Dicho reconocimiento respetará debidamente las costumbres, las tradiciones y los sistemas de tenencia de la tierra de los pueblos indígenas de que se trate.

Artículo 27

Los Estados establecerán y aplicarán, conjuntamente con los pueblos indígenas interesados, un proceso equitativo, independiente, imparcial, abierto y transparente, en el que se reconozcan debidamente las leyes, tradiciones, costumbres y sistemas de tenencia de la tierra de los pueblos indígenas, para reconocer y adjudicar los derechos de los pueblos indígenas en relación con sus tierras, territorios y recursos, comprendidos aquellos que tradicionalmente han poseído u ocupado o utilizado de otra forma. Los pueblos indígenas tendrán derecho a participar en este proceso.

Artículo 28

1. Los pueblos indígenas tienen derecho a la reparación, por medios que pueden incluir la restitución o, cuando ello no sea posible, una indemnización justa, imparcial y equitativa, por las tierras, los territorios y los recursos que tradicionalmente hayan poseído u ocupado o utilizado de otra forma y que hayan sido confiscados, tomados, ocupados, utilizados o dañados sin su consentimiento libre, previo e informado.
2. Salvo que los pueblos interesados hayan convenido libremente en otra cosa, la indemnización consistirá en tierras, territorios y recursos de igual calidad, extensión y condición jurídica o en una indemnización monetaria u otra reparación adecuada.

Artículo 29

1. Los pueblos indígenas tienen derecho a la conservación y protección del medio ambiente y de la capacidad productiva de sus tierras o territorios y recursos. Los Estados deberán establecer y ejecutar programas de asistencia a los pueblos indígenas para asegurar esa conservación y protección, sin discriminación alguna.
2. Los Estados adoptarán medidas eficaces para garantizar que no se almacenen ni eliminen materiales peligrosos en las tierras o territorios de los pueblos indígenas sin su consentimiento libre, previo e informado.
3. Los Estados también adoptarán medidas eficaces para garantizar, según sea necesario, que se apliquen debidamente programas de control, mantenimiento y restablecimiento de la salud de los pueblos indígenas afectados por esos materiales, programas que serán elaborados y ejecutados por esos pueblos.

Artículo 30

1. No se desarrollarán actividades militares en las tierras o territorios de los pueblos indígenas, a menos que lo justifique una razón de interés público pertinente o que se haya acordado libremente con los pueblos indígenas interesados, o que éstos lo hayan solicitado.
2. Los Estados celebrarán consultas eficaces con los pueblos indígenas interesados, por los procedimientos apropiados y en particular por medio de sus instituciones representativas, antes de utilizar sus tierras o territorios para actividades militares.

Artículo 31

1. Los pueblos indígenas tienen derecho a mantener, controlar, proteger y desarrollar su patrimonio cultural, sus conocimientos tradicionales, sus expresiones culturales tradicionales y las manifestaciones de sus ciencias, tecnologías y culturas, comprendidos los recursos humanos y genéticos, las semillas, las medicinas, el conocimiento de las propiedades de la fauna y la flora, las tradiciones orales, las literaturas, los diseños, los deportes y juegos tradicionales, y las artes visuales e interpretativas. También tienen derecho a mantener, controlar, proteger y desarrollar su propiedad intelectual de dicho patrimonio cultural, sus conocimientos tradicionales y sus expresiones culturales tradicionales.
2. Conjuntamente con los pueblos indígenas, los Estados adoptarán medidas eficaces para reconocer y proteger el ejercicio de estos derechos.

Artículo 32

1. Los pueblos indígenas tienen derecho a determinar y elaborar las prioridades y estrategias para el desarrollo o la utilización de sus tierras o territorios y otros recursos.
2. Los Estados celebrarán consultas y cooperarán de buena fe con los pueblos indígenas interesados por conducto de sus propias instituciones representativas a fin de obtener su consentimiento libre e informado antes de aprobar cualquier proyecto que afecte a sus tierras o territorios y otros recursos, particularmente en relación con el desarrollo, la utilización o la explotación de recursos minerales, hídricos o de otro tipo.
3. Los Estados establecerán mecanismos eficaces para la reparación justa y equitativa por esas actividades, y se adoptarán medidas adecuadas para mitigar las consecuencias nocivas de orden ambiental, económico, social, cultural o espiritual.

Artículo 33

1. Los pueblos indígenas tienen derecho a determinar su propia identidad o pertenencia conforme a sus costumbres y tradiciones. Ello no menoscaba el derecho de las personas

indígenas a obtener la ciudadanía de los Estados en que viven.
2. Los pueblos indígenas tienen derecho a determinar las estructuras y a elegir la composición de sus instituciones de conformidad con sus propios procedimientos.

Artículo 34

Los pueblos indígenas tienen derecho a promover, desarrollar y mantener sus estructuras institucionales y sus propias costumbres, espiritualidad, tradiciones, procedimientos, prácticas y, cuando existan, costumbres o sistemas jurídicos, de conformidad con las normas internacionales de derechos humanos.

Artículo 35

Los pueblos indígenas tienen derecho a determinar las responsabilidades de los individuos para con sus comunidades.

Artículo 36

1. Los pueblos indígenas, en particular los que están divididos por fronteras internacionales, tienen derecho a mantener y desarrollar los contactos, las relaciones y la cooperación, incluidas las actividades de carácter espiritual, cultural, político, económico y social, con sus propios miembros así como con otros pueblos a través de las fronteras.
2. Los Estados, en consulta y cooperación con los pueblos indígenas, adoptarán medidas eficaces para facilitar el ejercicio y garantizar la aplicación de este derecho.

Artículo 37

1. Los pueblos indígenas tienen derecho a que los tratados, acuerdos y otros arreglos constructivos concertados con los Estados o sus sucesores sean reconocidos, observados y aplicados y a que los Estados acaten y respeten esos tratados, acuerdos y otros arreglos constructivos.
2. Nada de lo señalado en la presente Declaración se interpretará en el sentido de que menoscaba o suprime los derechos de los pueblos indígenas que figuren en tratados, acuerdos y otros arreglos constructivos.

Artículo 38

Los Estados, en consulta y cooperación con los pueblos indígenas, adoptarán las medidas apropiadas, incluidas medidas legislativas, para alcanzar los fines de la presente Declaración.

Artículo 39

Los pueblos indígenas tienen derecho a la asistencia financiera y técnica de los Estados y por conducto de la cooperación internacional para el disfrute de los derechos enunciados en la presente Declaración.

Artículo 40

Los pueblos indígenas tienen derecho a procedimientos equitativos y justos para el arreglo de controversias con los Estados u otras partes, y a una pronta decisión sobre esas controversias, así como a una reparación efectiva de toda lesión de sus derechos individuales y colectivos. En esas decisiones se tendrán debidamente en consideración las costumbres, las tradiciones, las normas y los sistemas jurídicos de los pueblos indígenas interesados y las normas internacionales de derechos humanos.

Artículo 41

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

Artículo 42

Las Naciones Unidas, sus órganos, incluido el Foro Permanente para las Cuestiones Indígenas, y los organismos especializados, en particular a nivel local, así como los Estados, promoverán el respeto y la plena aplicación de las disposiciones de la presente Declaración y velarán por la eficacia de la presente Declaración.

Artículo 43

Los derechos reconocidos en la presente Declaración constituyen las normas mínimas para la supervivencia, la dignidad y el bienestar de los pueblos indígenas del mundo.

Artículo 44

Todos los derechos y las libertades reconocidos en la presente Declaración se garantizan por igual al hombre y a la mujer indígenas.

Artículo 45

Nada de lo contenido en la presente Declaración se interpretará en el sentido de que menoscaba o suprime los derechos que los pueblos indígenas tienen en la actualidad o puedan adquirir en el futuro.

Artículo 46

1. Nada de lo señalado en la presente Declaración se interpretará en el sentido de que confiere a un Estado, pueblo, grupo o persona derecho alguno a participar en una actividad o realizar un acto contrarios a la Carta de las Naciones Unidas, ni se entenderá en el sentido de que autoriza o fomenta acción alguna encaminada a quebrantar o menoscabar, total o parcialmente, la integridad territorial o la unidad política de Estados soberanos e independientes.

2. En el ejercicio de los derechos enunciados en la presente Declaración, se respetarán los derechos humanos y las libertades fundamentales de todos. El ejercicio de los derechos establecidos en la presente Declaración estará sujeto exclusivamente a las limitaciones determinadas por la ley y con arreglo a las obligaciones internacionales en materia de derechos humanos. Esas limitaciones no serán discriminatorias y serán sólo las estrictamente necesarias para garantizar el reconocimiento y respeto debidos a los derechos y las libertades de los demás y para satisfacer las justas y más apremiantes necesidades de una sociedad democrática.

3. Las disposiciones enunciadas en la presente Declaración se interpretarán con arreglo a los principios de la justicia, la democracia, el respeto de los derechos humanos, la igualdad, la no discriminación, la buena administración pública y la buena fe.