



INTRODUCCIÓN AL PROYECTO DE DECLARACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS SOBRE LOS DERECHOS DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS

Marta Méndez Díaz¹ y David Martín Castro²

¹Licenciada en Ciencias Políticas y de la Administración por la Universidad Complutense de Madrid y diplomada en relaciones internacionales por el Instituto de Estudios Políticos de París. E-mail: mmendezdiaz@yahoo.es

²Antropólogo. Durante los últimos años ha trabajado para la Organización de las Naciones Unidas y para el Ministerio de Asuntos Exteriores y de Cooperación de España en temas ligados con la defensa de los derechos humanos de los pueblos indígenas. E-mail: dmartincastro@cps.ucm.es

Resumen

El artículo analiza pormenorizadamente el articulado del Proyecto de Declaración sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, su proceso de elaboración y el contexto internacional en el que se enmarca.

Palabras clave

Pueblos indígenas, proyecto de declaración, derecho internacional, Naciones Unidas y Derechos Humanos

Abstract

This paper analyzes accurately the articulate of the Draft Declaration on the Rights of Indigenous Peoples, its elaboration process and the international context of the protection of indigenous peoples' rights.

Key words

Indigenous peoples, draft declaration, international law, United Nations and Human Rights.

Introducción

El pasado 29 de junio de 2006, el Consejo de Derechos Humanos aprobó el proyecto de Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas (doc. ONU HRC/2006/2) en base al texto presentado por el Presidente Relator del Grupo de Trabajo sobre el proyecto de declaración sobre los derechos de los pueblos indígenas, el diplomático peruano Luis Chávez, por 30 votos a favor (la práctica totalidad de estados latinoamericanos y asiáticos), 12 abstenciones (la mayor parte de los países africanos y, sorprendentemente, Argentina) y dos en contra (Canadá y la Federación Rusa). Tres miembros no estuvieron presentes durante la votación (Malí, Gabón y Yibuti). Su aprobación puso fin, al menos por ahora¹, a más de veinte años de discusiones formales entre estados y representantes de los pueblos indígenas en aras de un consenso finalmente imposible. Su aprobación fue un acto muy emotivo: así, minutos antes, tras una larga ovación, se había aprobado la Convención contra las Desapariciones Forzosas² ante la presencia de representantes de las Madres de la Plaza de Mayo; el sistema de votación electrónico no funcionó, por lo que los estados tuvieron, uno a uno, que expresar su voto a viva voz, lo que hizo que el recuento durara más de 15 intensos minutos; y, finalmente, los representantes de los pueblos indígenas presentes en la sala mostraron su satisfacción tras el resultado favorable de la votación. Durante las semanas previas, los representantes indígenas habían llevado a cabo una importante labor de *lobby* con el fin de influenciar a los estados sin una posición clara sobre la importancia de votar a favor de este proyecto de declaración.

El paso dado por el Consejo de Derechos Humanos, si bien no supone la aprobación definitiva de la declaración, es el penúltimo obstáculo a franquear antes de su previsible aprobación final por parte de la Asamblea General. Esta declaración supondrá un hito en el proceso de reconocimiento de los derechos de los pueblos indígenas iniciado hace más de un cuarto de siglo. ¿Por qué?, ¿qué implicaciones conlleva en la protección de los derechos de los pueblos indígenas?, ¿qué derechos reconoce?, ¿cómo va a cambiar la protección de sus derechos y, hasta cierto punto, sus vidas?

El conocimiento del contenido de este proyecto de declaración resulta indispensable para todos aquellos científicos sociales que trabajan con movimientos y organizaciones indígenas. Junto al Convenio nº 169 de la Organización Internacional del Trabajo sobre pueblos indígenas y tribales en

¹ La Resolución 2/2006 del Consejo de Derechos Humanos aprueba la Declaración y recomienda su adopción a la Asamblea General. El presidente del Consejo decidió que el texto fuese directamente enviado a la Asamblea General, sin pasar por la Tercera Comisión (derechos humanos) de la Asamblea, donde se podría haber decidido modificar el texto. La Asamblea General ha creado una serie de Comisiones que tienen como función analizar los textos antes de su paso por la Asamblea General para el voto. El hecho de que no pase por la Tercera Comisión de la Asamblea General (encargada de Derechos Humanos) es una noticia muy importante por cuanto supone que no habrá nuevas discusiones sobre el contenido, sino que se votará directamente el texto.

² En el presente artículo se hacen constantes referencias a informes e instrumentos de organizaciones internacionales que afectan a los pueblos indígenas. A diferencia de los textos científicos, de escaso impacto en el ámbito internacional y en las políticas aplicadas por los Estados, los textos e instrumentos emanados de organizaciones internacionales han tenido una amplia repercusión y han servido, dentro de sus posibilidades, para cambiar la percepción de los Estados y de los gobiernos en cuestiones claves para los pueblos indígenas, formando el estado de la cuestión en el ámbito internacional e inspirando legislaciones nacionales.

países independientes y a las respectivas legislaciones nacionales³, la futura Declaración forma el corpus jurídico ineludible previo a cualquier estudio o investigación sobre pueblos indígenas. El presente artículo describe y analiza los aspectos más importantes del proyecto de declaración con el fin de proporcionar conocimientos mínimos a aquellos científicos sociales que, sin conocimientos jurídicos, trabajen con pueblos indígenas o en áreas que les afecten. El texto no pretende analizar el debate existente sobre la aplicación del derecho de los pueblos indígenas ni analizar el debate doctrinal abierto. Para ello, existen ya varias obras de referencia como las de James Anaya (2004) y la de Fergus Mackay (2002), aunque este último centrado en el sistema interamericano de derechos humanos. Asimismo, juristas tales como Bartolomé Clavero, Mikel Berraondo o Luís Rodríguez Piñero, entre otros, han publicado importantes textos sobre la cuestión.

El presente artículo se divide en 4 partes. En un primer momento se analiza el contexto internacional en el que se enmarca el proyecto de declaración. Posteriormente, se desarrolla la historia del proceso de elaboración del proyecto de declaración, desde que sólo era una propuesta del Grupo de Trabajo sobre las Poblaciones Indígenas en 1982 hasta su aprobación final. La tercera parte se reserva al análisis de los temas centrales que tratan los artículos de la declaración y la cuarta y última parte recoge una breve reflexión sobre algunas de las implicaciones que tendrá la eventual aprobación de la declaración para los pueblos indígenas

Contexto internacional en el que se enmarca el proyecto de declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas

El proyecto de declaración es el resultado de un largo proceso de reconocimiento de derechos de los pueblos indígenas en tres marcos principales, aunque no únicos: el sistema de las Naciones Unidas, los ámbitos regionales y las legislaciones nacionales.

- El ámbito de las Naciones Unidas

Ha sido en el sistema de Naciones Unidas donde, de forma más completa, se han tratado las cuestiones ligadas al reconocimiento de los derechos de los pueblos indígenas. Se puede decir que el primer paso de este proceso fue el encargo, en 1972, de la Subcomisión de Prevención de Discriminaciones y Protección a las Minorías (ahora Subcomisión de Promoción y Protección de los Derechos Humanos) a José Martínez Cobo para realizar “*Estudio sobre el problema de la discriminación contra las poblaciones indígenas*” (doc. ONU E/CN.4/Sub.2/19865/7). Este monumental trabajo, que sólo finalizaría 14 años después, en 1986, aglutinó a numerosas organizaciones indígenas y promovió la visibilización de su situación discriminada, lo que facilitó la creación, en 1982, del Grupo de Trabajo sobre las Poblaciones Indígenas, como órgano subsidiario

³ La práctica totalidad de los países latinoamericanos poseen una legislación específica de reconocimiento de los derechos de los pueblos indígenas que habitan en sus territorios. Los derechos reconocidos varían enormemente de una legislación a otra, desde la avanzada Ley orgánica de pueblos indígenas de Venezuela (aprobada en diciembre de 2005) hasta la más limitada de Chile.

de la Subcomisión y de la Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas. El Grupo de Trabajo, cuyo mandato consiste en analizar la situación de los derechos humanos de los indígenas y promover el desarrollo de instrumentos internacionales para su protección, fue el primer órgano especializado de las Naciones Unidas en cuestiones indígenas. Este Grupo de Trabajo ha promovido la creación del resto de instrumentos y mecanismos existentes en las Naciones Unidas para la protección de los derechos de los pueblos indígenas.

En 1989, siete años después de la creación del Grupo de Trabajo, se aprobó el Convenio nº 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes, que será, hasta la aprobación por parte de la Asamblea General del proyecto de declaración, el texto más completo para la protección de los derechos de los pueblos indígenas. El convenio incluye reconocimiento de derechos y medidas para su protección.

La Cumbre de Río (1992 –informe en doc. ONU A/CONF.151/26 -3 volúmenes), origen de los convenios medioambientales, es otro momento importante de este proceso, especialmente en lo relativo a la protección de los conocimientos tradicionales de los pueblos indígenas (artículo 8j y disposiciones conexas del Convenio sobre la Diversidad Biológica de 1992, y los resultados de las Conferencias de las Partes posteriores).

1993 fue declarado por las Naciones Unidas Año Internacional de las Poblaciones Indígenas (doc. ONU A/RES/48/163). Ese mismo año, en la Conferencia Mundial sobre Derechos Humanos de Viena (informe en doc. ONU A/CONF.157/23), se reconoció la importancia de respetar los derechos de los pueblos indígenas y se realizaron una serie de recomendaciones (entre ellas, la de establecer un decenio internacional para las poblaciones indígenas, finalmente declarado por la Asamblea General entre 1995 y 2004, y el establecimiento de un Foro Permanente para las Cuestiones Indígenas) de gran relevancia para los pueblos indígenas. Desde entonces, la inmensa mayoría de las conferencias internacionales auspiciadas tanto por Naciones Unidas como por sus organismos y agencias especializadas (especialmente la UNESCO) dedican a los pueblos indígenas varios artículos o párrafos en sus planes de acción y en sus declaraciones⁴.

En los años siguientes, se establecieron el Grupo de Trabajo sobre un proyecto de declaración sobre los derechos de los pueblos indígenas el Foro Permanente para las Cuestiones Indígenas⁵ (creado en 2000 aunque su primera sesión data de 2002), el Relator Especial de la Comisión de Derechos Humanos sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas (establecido en 2001 y renovado en 2004 por la Comisión de Derechos Humanos), y se estableció un segundo decenio internacional para los pueblos indígenas del mundo (2005-2014).

⁴ Especialmente importante es la Conferencia de Beijing sobre la mujer (1995 – doc. ONU A/CONF.177/20), en cuyo Plan de Acción la mujer indígena ocupa un lugar muy destacado. Posteriormente, el informe del 49 periodo de sesiones de la Comisión Jurídica y Social de la Mujer del ECOSOC (2005), en su resolución 49/7 “*Las mujeres indígenas más allá del examen decenal de la Declaración y la Plataforma de Acción de Beijing*”, insta a los gobiernos a respetar lo acordado en la IV Conferencia Mundial sobre la Mujer.

⁵ De sus 16 miembros, ocho son nombrados en consulta con los representantes indígenas

Actualmente, la mayor parte de los mecanismos que forman el sistema de protección de los derechos humanos de las Naciones Unidas (cuyos órganos de vigilancia son principalmente los órganos convencionales u órganos de los tratados y los procedimientos especiales del Consejo) han elaborado documentos para la protección de sus derechos y han prestado una especial atención a su situación y a la violación de sus derechos. Igualmente, desde los años 90, la mayor parte de las agencias y organismos de las Naciones Unidas tratan las cuestiones indígenas de forma particular, elaborando políticas operativas y estableciendo programas y proyectos específicos para los pueblos indígenas⁶.

- *Ámbito regional*

Los avances han sido también notables en los diferentes ámbitos regionales, especialmente en el americano. Es en este continente donde mayores pasos se han dado en aras de la protección de los derechos de los pueblos indígenas, principalmente en el ámbito del sistema interamericano de derechos humanos. En 1995, la Organización de Estados Americanos creó un Grupo de Trabajo con el mandato de elaborar la Declaración Americana de los Derechos de los Pueblos Indígenas. Tras los 11 años transcurridos, aún no se ha alcanzado un consenso mínimo que permita augurar una próxima aprobación. En los últimos años, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha establecido una jurisprudencia especialmente dedicada a la protección de los derechos de los pueblos indígenas. Dos de las decisiones más relevantes a tal efecto son la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos *Awas Tingi v. Nicaragua* (2000) en la que se reconocen los derechos de los pueblos indígenas sobre sus conocimientos tradicionales y el reciente caso del pueblo maya del distrito de Toledo en Belice analizado por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (donde se les reconocen derechos sobre sus tierras, incluidos sus propios sistemas de manejo y de propiedad). Por otro lado, en 1992, se estableció el Fondo para el desarrollo de los pueblos indígenas de América Latina y el Caribe (popularmente conocido como Fondo Indígena). Se trata de una institución financiera especializada en el desarrollo de los pueblos indígenas de la región, que otorga un destacado protagonismo a los pueblos indígenas por cuanto cada estado está representado por un representante gubernamental y otro de los pueblos indígenas del país, con la excepción de Cuba (que no posee indígenas dentro de sus fronteras) y los tres países extra-regionales partes del Fondo (España, Portugal y Bélgica). Sin embargo, su papel ha sido, hasta el momento, muy marginal. Finalmente, el Banco Interamericano de Desarrollo posee una política operativa (doc. BID GN-2296) y una estrategia específica para guiar sus acciones con los pueblos indígenas (2006).

⁶ Para más información, se recomienda visitar la página web de la Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos (tema pueblos indígenas) y la del Foro Permanente para las Cuestiones Indígenas, donde el Grupo de Apoyo Interagencial (IASG) y los informes de las diferentes agencias y organismos de las Naciones Unidas que envían anualmente al Foro proporcionan detallada información sobre las actividades llevadas a cabo en favor de sus derechos.

En África, hubo que esperar hasta el año 2003 para que una resolución de la Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos reconociera oficialmente la existencia de pueblos indígenas en el continente africano. Ese año, el Grupo de Trabajo de expertos en poblaciones/comunidades indígenas de la Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos elaboró un informe, que luego sería adoptado por la mencionada Comisión [Res.65(XXXIV)], en el que se reconocía la existencia de pueblos indígenas en África y establecía mecanismos para su diferenciación y protección con respecto al resto de la sociedad.

En Asia, el reconocimiento de los pueblos indígenas está todavía en un estado embrionario, a pesar de ser el continente con mayor número de indígenas. Sólo el Banco Asiático de Desarrollo (1998) ha establecido una política general al respecto para guiar sus actividades e inversiones que afecten a los pueblos indígenas asiáticos.

- *Ámbito nacional*

Finalmente, en el ámbito europeo destacan, además de las directrices emanadas del Consejo de la Unión Europea para guiar la cooperación de sus Estados miembros con los pueblos indígenas, la existencia de instituciones supranacionales en los países nórdicos en las que participan representantes del pueblo sami de Noruega, Finlandia y Suecia.

Este proceso internacional de reconocimiento de derechos ha corrido paralelo a un proceso igualmente activo a nivel nacional. Nuevamente destaca la región latinoamericana ya que la inmensa mayoría de sus Estados cuentan en la actualidad con una normativa específica para los pueblos indígenas, aunque con contenidos muy desiguales. Asimismo, muchos de estos países han creado instrumentos e instituciones (como la FUNAI en Brasil o la Defensoría de la mujer indígena en Guatemala) especialmente destinadas a atender la situación de los indígenas, aunque también con resultados muy dispares.

Fuera del ámbito latinoamericano, muy pocos Estados reconocen derechos particulares a los pueblos indígenas o poseen una normativa específica al respecto. Es el caso por ejemplo, de la Federación Rusa, Suecia, Noruega, Finlandia, Canadá, Australia, Nueva Zelanda y especialmente, de Dinamarca (tras la aprobación del autogobierno de Groenlandia, que concede una autonomía muy importante a la región), de Filipinas, con una legislación (1997) única en la región asiática, y de la República del Congo donde se está ultimando una ley específica para los pueblos Baka, Baaka, Bacongo y Batwa que habitan su territorio y que será la primera del continente africano. Además de estos países, existen algunos más que reconocen derechos a las "minorías étnicas" que habitan en su territorio, pero sin reconocerles el estatus de pueblos indígenas.

Si en los últimos veinte años se ha trabajado en el reconocimiento de derechos a los pueblos indígenas, bien se puede afirmar junto al Relator Especial sobre la situación de los derechos

humanos y las libertades fundamentales de los indígenas (doc. ONU E/CN.4/2006/88), que el verdadero reto del futuro radica en la puesta en práctica de tales normas, pudiendo hablarse de la existencia de una brecha de implementación entre las legislaciones existentes y la realidad diaria en la que viven los pueblos indígenas.

El proceso de elaboración del proyecto de declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas

No es posible valorar los derechos reconocidos a los pueblos indígenas en el proyecto de declaración aprobado por el Consejo de Derechos Humanos si no se analiza antes el proceso de redacción del mismo y los cambios habidos en su articulado. Si en 1985, cuando comenzó su elaboración, apenas se establecieron 7 principios básicos preliminares, muy similares a los contenidos en otras declaraciones aprobadas anteriormente en el seno de Naciones Unidas, en 2006 el proyecto de declaración aprobado por el Consejo consta de 46 artículos sobre cuestiones específicas que reconocen derechos únicos en el ámbito internacional.

La elaboración de una declaración fue en su momento uno de los objetivos iniciales del Grupo de Trabajo sobre las Poblaciones Indígenas. En 1982, en el marco de su primera sesión, ya se consideró que debía *“también discutirse la posibilidad de redactar uno o más borradores de declaraciones sobre los derechos de los pueblos indígenas”* (doc. ONU E/CN.4/Sub.2/1982/33, §126).

1985 marca oficialmente la fecha de inicio de la discusión del borrador de declaración (doc. ONU E/CN.4/Sub.2/1985/22). En un primer momento, se establecieron siete principios básicos preliminares, que no pretendían ser artículos, sino una base sobre la que cimentar el debate. Estos principios son: derecho al disfrute efectivo de los derechos y libertades reconocidos internacionalmente; derecho a ser libres e iguales que todos los demás seres humanos en dignidad y derechos; derecho colectivo a la protección contra el genocidio, la integridad física, la libertad y la seguridad; derecho a manifestar, enseñar y practicar sus propios ritos religiosos; derecho a la educación, incluido el uso de su propio idioma; derecho a preservar su identidad cultural y sus tradiciones; y derecho a promover la información y la educación intercultural, y la diversidad de sus culturas.

En 1987, estos principios fueron ampliados llegando a establecerse 14 principios básicos (doc ONU E/CN.4/Sub.2/1987/22). Entre las nuevas incorporaciones, destaca el derecho a desarrollar su propia identidad étnica; a la protección contra la asimilación; a la participación en la vida política, económica y social; al apoyo de los estados para que mantengan sus rasgos culturales particulares (incluido el derecho a conservar sus formas de vida y de subsistencia); y a participar en la implementación de los programas que les afectan. A ello contribuyó decisivamente la publicación del informe de Martínez Cobo *“Estudio sobre el problema de la discriminación contra las poblaciones indígenas”* (doc. ONU E/CN.4/Sub.2/19865/7), donde se reconoce que los indígenas estaban

discriminados respecto del resto de la población y que era necesario establecer políticas activas en la lucha contra dicha discriminación.

El alcance de estos principios puede parecer limitado y poco ambicioso. Sin embargo, era este el contenido más habitual de las declaraciones de Naciones Unidas, que recogían derechos ampliamente consensuados y previamente reconocidos en las principales convenciones internacionales, aunque se hacían referencias a los aspectos concretos de los que trataba la declaración y a su aplicabilidad a grupos potencialmente discriminados. Un buen ejemplo de ello es la *Declaración sobre los derechos de las personas pertenecientes a minorías nacionales o étnicas, religiosas y lingüísticas* (doc. ONU A/RES/47/135). En ella se contemplan derechos que, en principio, no tendrían porqué plantear ningún problema a los Estados: derecho a proteger la existencia y la identidad de las minorías; a disfrutar de su propia cultura, religión y a utilizar su idioma; a participar en la vida económica, cultural religiosa, pública y social; a participar en la toma de decisiones que les afecten; a tener sus propias asociaciones; a mantener relaciones con otras personas de su misma minoría; a ejercer sus derechos individualmente o como parte de una comunidad; a disfrutar los derechos humanos reconocidos internacionalmente; a que los estados tomen medidas para crear condiciones favorables para estas minorías con el fin de que puedan expresarse sobre cuestiones que les afecten, incluyendo la educación en su propio idioma; y a que las políticas y normas nacionales tengan en cuenta lo que necesiten estas comunidades, entre otros.

1989 es un año clave para el proyecto de declaración. Ese año se aprobó el Convenio nº 169 de la OIT en el que se reconocen derechos específicos y únicos a los pueblos indígenas (educación intercultural, derecho a la tierra, mecanismos de consulta, etc.). Este convenio cambió la percepción de lo que debía ser la declaración por cuanto algunos estados habían aceptado derechos específicos y únicos para los pueblos indígenas, a pesar de que ambos procesos fueron en ciertos momentos contrapuestos. Se redacta un primer borrador articulado (doc. ONU E/CN.4/Sub.2/1989/36) con 13 párrafos en su preámbulo (que recoge algunos de los principios anteriormente enunciados) y 30 artículos organizados en siete apartados: aplicación sin discriminación de la protección de los derechos internacionalmente reconocidos a todos los seres humanos; derecho individual y colectivo a la diferencia; derecho colectivo e individual a la posesión de la tierra; derecho a desarrollar sus propios sistemas económicos y sociales, con el apoyo de sus respectivos gobiernos; derecho a la no discriminación y a la participación; derecho al arbitraje en sus problemas con sus estados; y dos artículos generales. Muchos de los artículos contemplados en estos siete apartados eran muy similares a los aprobados por el Convenio nº 169 de la OIT. Se consideraba que si los Estados los habían aceptado en el convenio de la OIT, no habría problemas para incluirlos en el articulado de la declaración. No obstante, con el tiempo, este texto inicial ha ido experimentando un gran número de cambios a medida que su contenido se ha ido haciendo cada vez más ambicioso.

En 1990, este texto circuló oficialmente entre los Estados para que éstos hicieran los comentarios que juzgasen pertinentes (doc. ONU E/CN.4/Sub.2/1990/42) y en 1993 se alcanzó un borrador de la

declaración listo para su aprobación (doc. ONU E/CN.4/Sub.2/1993/29). Dicho borrador, con sus 18 párrafos preambulares y 45 artículos, era mucho más concreto y específico que los 30 artículos anteriormente mencionados (se desarrollaron especialmente determinados aspectos relativos a la tierra y al territorio) e incluía dos principios centrales para los pueblos indígenas: el derecho al consentimiento libre, previo e informado y el derecho a la autodeterminación.

Pero en aquella época había muy pocas posibilidades de que se aprobara una declaración semejante. Por un lado, en el contexto de la sangrienta desintegración de la antigua Yugoslavia, se temía que el derecho a la autodeterminación pudiera llevar a los pueblos indígenas a solicitar su separación territorial del Estado en el que habitan. Por otro lado, el borrador otorgaba especial importancia a los derechos colectivos pero muchos Estados (entre ellos Nueva Zelanda, Estados Unidos, Australia y, en menor medida, varios países europeos) no estaban dispuestos a reconocer derechos más que a los individuos o a los Estados.

A pesar de ello, en 1994, el Grupo de Trabajo decidió finalizar su trabajo con una revisión técnica y recomendar su aprobación (doc. ONU E/CN.4/Sub.2/1994/30). Con objeto de dilatar en el tiempo su aprobación y continuar con los debates, sucesivas resoluciones de la Asamblea General, del ECOSOC y de la propia Comisión de Derechos Humanos, crearon otro Grupo de Trabajo con el objetivo de analizar dicho borrador. En él, los Estados y las ONG indígenas con estatus ECOSOC como observadores, debatieron el texto durante más de once años pero sin avances significativos. Se discutió estérilmente por comas, puntos, “oes”, “ies” y en 2005 apenas se habían consensuado 2 artículos (los dos únicos artículos completamente individuales, por lo que no encontraron oposición): el 6 (5)⁷ (*toda persona indígena tiene derecho a una nacionalidad*) y el 44 (43) (*todos los derechos y libertades reconocidos en la presente Declaración se garantizan por igual al hombre y a la mujer indígena*). Como consecuencia, el Primer Decenio Internacional para las Poblaciones Indígenas del Mundo finalizó sin conseguir su principal objetivo, la aprobación de la declaración, y dicho reto se encomendó de nuevo al Segundo Decenio.

Pero entre finales de 2005 y principios de 2006, tiene lugar el acontecimiento que finalmente provocaría su aprobación. En la 11ª sesión del Grupo de Trabajo encargado de elaborar un proyecto de declaración, se decidió que el Presidente Relator, después de escuchar a las organizaciones indígenas y a los Estados, elaboraría un texto definitivo. No se precisó si dicho texto debería ser posteriormente discutido por los Estados en el seno del Grupo de Trabajo o si se elevaría directamente para su aprobación por la Comisión de Derechos Humanos en su 62ª y última sesión. Tras un rosario de negociaciones privadas y públicas, el Presidente Relator presentó un texto que no había sido debatido en el seno del Grupo de Trabajo ni su contenido aprobado por el mismo, lo que planteaba un claro problema procedimental (para ser elevado a la Comisión de Derechos Humanos,

⁷ En este texto los artículos estarán con una doble numeración. La primera, es el número de artículo tal y como aparece en la versión editada del proyecto de declaración aprobado por el Consejo de Derechos Humanos. La segunda, entre paréntesis, es el número de artículo tal y como se recoge en la propuesta de declaración aprobada por el Presidente Relator Luis Chávez (doc. ONU E/CN.4/2006/79)

ese texto, junto con el informe de la 11ª sesión del Grupo de Trabajo, tenía que haber sido previamente aprobado en el Grupo de Trabajo). Puesto que la 62ª Sesión de la Comisión de Derechos Humanos apenas duró unas horas, la aprobación del texto se pospuso a la primera sesión del Consejo de Derechos Humanos, que vino a sustituir a la Comisión. En esa primera sesión en la que finalmente se votó y aprobó el proyecto de declaración con el resultado anteriormente mencionado, varios Estados, incluso aquellos que habían votado a favor, alegaron la existencia de un grave problema procedimental. Algunos de los países que se abstuvieron hicieron de este problema la base de su abstención e incluso la Federación Rusa lo esgrimió como el principal motivo de su oposición al texto.

¿Por qué se “provocó” entonces dicha incidencia procedimental? Oficialmente, no se trató más que de una cuestión confusa que no quedó clara en el informe del Grupo de Trabajo. Sin embargo, extraoficialmente se ha señalado que con ese problema procedimental se evitó una discusión artículo por artículo sobre el contenido que habría impedido a muchos Estados votar a favor del conjunto final del texto. Por ejemplo, muchos Estados nunca habrían podido aceptar individualmente un artículo como el que proclama el derecho a la libre determinación de los pueblos indígenas, si el texto se hubiese sometido a votación artículo por artículo en el seno de dicho Grupo de Trabajo .

Por otro lado, el proyecto de declaración se vio muy favorecido por la nacionalidad (mexicana) del primer Presidente del Consejo de Derechos Humanos ya que el compromiso de México con la aprobación del texto ha sido especialmente relevante. De hecho, fue decisión del Embajador mexicano el enviar directamente el proyecto de declaración, una vez aprobado, a la Asamblea General sin pasar por la Tercera Comisión de la misma (de derechos humanos) que podría haber retrasado su aprobación y modificado su contenido.

En resumen, la historia del proyecto de declaración debe contemplarse como un proceso cada vez más ambicioso en el reconocimiento de derechos a los pueblos indígenas. Este proceso se ha beneficiado de un contexto nacional, regional e internacional cada vez más favorable al reconocimiento de sus derechos colectivos y específicos. El proyecto de declaración de 1989 era impensable antes de 1986 (con la finalización del Estudio de Martínez Cobo antes mencionado), así como el texto de 1993 no podría haber visto la luz sin las reuniones preparatorias de la Conferencia Mundial sobre los Derechos Humanos de Viena y los documentos emanados de la Cumbre de Río. A partir de los 90, un gran número de constituciones latinoamericanas incluyeron el reconocimiento de derechos de los pueblos indígenas y la promulgación de leyes cada vez más completas para la implementación y defensa de estos derechos se ha ido acelerado en los primeros años del siglo XXI. Todo ello ha redundado en una atmósfera mucho más receptiva y favorable al proyecto de declaración que la existente en 1995. No es por tanto casualidad que haya sido en 2006 cuando el Consejo de Derechos Humanos ha aprobado finalmente este proyecto de declaración.

El contenido del proyecto de declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas

Tras analizar brevemente el contexto internacional y el proceso de elaboración del proyecto de declaración, es el momento de examinar su contenido concreto.

Es importante señalar que el texto aprobado por el Consejo de Derechos Humanos se haya en el momento de la publicación de este artículo en una revisión técnica de la traducción al castellano, por lo que se mantiene el texto de la traducción al castellano del 11º informe del Grupo de Trabajo sobre un proyecto de declaración sobre los pueblos indígenas (doc. ONU E/CN.4/2006/79). Se ha decidido hacer referencia, entre paréntesis y junto a la numeración empleada por la versión editada de la resolución del Consejo de Derechos Humanos, a la numeración de párrafos que emplea el Presidente Relator Luis Chávez en el 11º informe del Grupo de Trabajo puesto que esto permite comparar el texto original aprobado en 1993 con la propuesta de final aprobada y observar los cambios acaecidos durante los más de diez años de discusión. Si se realiza esta comparación, se observará que el texto original se ha modificado con el fin de que un mayor número de Estados pudiera apoyar este proyecto de declaración.

Los temas y cuestiones que a continuación se abordan han sido considerados por los propios pueblos indígenas como los temas centrales del proyecto de declaración y, ciertamente, los más polémicos durante el proceso de redacción. Aunque ello suponga relegar al final la cuestión de los derechos culturales, consideramos importante que el científico social que analice por primera vez el proyecto de declaración identifique cuales han sido las cuestiones clave para los pueblos indígenas.

La lectura de los artículos que componen este proyecto de declaración no debe hacerse de forma asilada, sino en conjunción con otros artículos del proyecto de declaración: El texto forma un conjunto coherente de derechos, en los que los diferentes artículos se entrelazan. De esta forma, se conseguirá interpretar el texto desde la perspectiva global del texto y evitar interpretaciones parciales.

- Derecho a la libre determinación

Artículo 3 (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 y social.

Se puede afirmar que todos los derechos reconocidos en el proyecto de declaración emanan de este derecho primigenio por cuanto la libre determinación conlleva el derecho a tomar decisiones sobre aquellos aspectos que les afectan, decidir continuar o modificar sus culturas o integrarse o no dentro de sus comunidades nacionales, entre otros.

En cuanto al texto de este artículo, es necesario señalar que, con la excepción del adjetivo "indígenas", su contenido está calcado del artículo 1 de los dos Pactos Internacionales de 1966

(Pacto internacional de derechos civiles y políticos y Pacto internacional de derechos económicos, sociales y culturales), ratificados por un importante número de Estados.

Su redacción y su inclusión en el texto final del proyecto de declaración fueron especialmente controvertidas ante el temor de los Estados de que este artículo pudiera dar lugar a tendencias secesionistas por parte de los pueblos indígenas. Sin embargo, los pueblos indígenas condicionaron su apoyo a la aprobación del proyecto de declaración a la inclusión de dicho artículo. Al final, se llegó a una solución de compromiso mediante la incorporación del artículo 4 (3bis), como cláusula de salvaguardia que, al limitar la aplicabilidad del artículo 3 al orden interno de los Estados, atenúa las reticencias de éstos ante un supuesto peligro secesionista.

Artículo 4 (3bis): Los pueblos indígenas, al ejercer su derecho a la libre determinación, tienen derecho a la autonomía o al autogobierno en las cuestiones relacionadas con sus asuntos internos y locales, así como los medios para financiar sus funciones autónomas.

Los representantes de los pueblos indígenas interpretan el artículo 4 (3bis) como una enumeración de ejemplos sobre el uso del derecho a la libre determinación pero en ningún caso como una limitación al derecho enunciado en el artículo 3 (3). No obstante, varios gobiernos han mostrado su convencimiento de que el artículo 4 (3bis) en verdad lo que hace es definir con mayor claridad cómo se debe aplicar el derecho a la libre determinación. Este artículo, es el antiguo artículo 31 del borrador inicial de la declaración. Ese artículo estaba en la sección dedicada a la auto-organización, por lo que su contenido no fue inicialmente reflexionado para cubrir todas las posibilidades de la libre determinación, sino para fijar su aplicación dentro de los sistemas de autogobierno.

No obstante, la interpretación dada por los Estados puede considerarse demasiado restrictiva si se toman en consideración los párrafos 12 (12), 14 (14) y 15 (15) del preámbulo, que reconocen explícitamente este derecho a los pueblos indígenas. Se debe señalar que los párrafos preambulares en cualquier documento legal inspiran al resto del texto y son criterios interpretativos del mismo.

Párrafo 12 (12) del preámbulo: Reconociendo también que los pueblos indígenas tienen el derecho a determinar libremente sus relaciones con los Estados en un espíritu de coexistencia, beneficio mutuo y pleno respeto,

El párrafo 12 (12), al reconocer que los pueblos indígenas tienen derecho a determinar sus relaciones con los Estados, está otorgándoles un papel de sujeto internacional y podría interpretarse que le autoriza a decidir cómo gobernarse dentro o fuera de un Estado.

Por su parte, el párrafo 14 (14) hace específicamente a los dos pactos de 1966 y los derechos a la libre determinación que allí se reconocen.

Párrafo 14 (14) del preámbulo: Reconociendo que la Carta de Naciones Unidas, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos afirman la importancia fundamental del derecho de todos los pueblos a la libre determinación, en virtud del cual estos determinan libremente su condición política y persiguen libremente su desarrollo económico, social y cultural

Se debe decir que el derecho a la libre determinación reconocido en ambos pactos ha sido utilizado para la obtención de la reciente independencia de Estados tales como Timor Leste.

No obstante, el párrafo 15 (15) va aún más lejos al establecer 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*”. Al reconocer, como se ha mencionado, el derecho internacional, la posibilidad de usar este derecho para la secesión, parece indicar que el artículo 4 (3 bis) en el fondo sólo enumera algunos ejemplos.

El derecho a la libre determinación dentro de los pueblos indígenas debe interpretarse de una forma amplia. El debate actual no estaría tan centrado en el derecho a la secesión y a constituirse en entidades independientes, sino en el derecho a decidir por ellos mismos aquellas políticas o acciones que les afecten. En este sentido, dentro de esta interpretación del derecho a la libre determinación, destaca el artículo 23 (23) y 32 (30).

Artículo 23 (23): “los pueblos indígenas tienen derecho a determinar y elaborar prioridades y estrategias para el ejercicio de su derecho al desarrollo. En particular, los pueblos indígenas tienen derecho a participar activamente en la elaboración y determinación de los programas de salud, vivienda y demás programas económicos y sociales que les conciernen y, en lo posible, a administrar esos programas mediante sus propias instituciones”.

Este artículo debe leerse desde una perspectiva amplia y el concepto de desarrollo hace referencia a su participación activa en la toma de decisiones en todos aquellos programas que les afecte y a establecer sus propios modelos, pertenezcan estos a las agencias de cooperación internacional para el desarrollo (AECI, DANIDA, NORAD, SNV, USAID, EUROPAID, etc) o por los propios “planes de desarrollo nacionales” cuando se prevea su implementación en territorios indígenas.

Esta interpretación se ve completado por el artículo 32 (30), en el que se señala:

Artículo 32 (30): “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 sus consecuencias nocivas de orden ambiental, económico, social, cultural o espiritual.

Si bien el artículo 23 (23) hace referencia a planes, el artículo 32 (30) se centra en su implementación dentro de su territorio. En otras palabras, la libre determinación se plasmaría en el derecho de los pueblos indígenas a decidir por ellos mismos, tanto en su elaboración como en su implementación, aquellas políticas que pueden afectarles. Para ello, se establecen los mecanismos de la participación y del consentimiento libre, previo e informado.

- *Derecho a la participación y al consentimiento libre, previo e informado*

Sin participación no es posible aplicar el derecho a la libre determinación. Por ello, el derecho a la participación ha sido uno de los derechos más reclamados por los pueblos indígenas durante las últimas dos décadas. Pero su contenido ha ido variando con el tiempo. En los años 80, consistía en ser consultados, mientras que en los 90 empezó a ganar fuerza, con diferentes denominaciones, el consentimiento libre, previo e informado, hasta convertirse en uno de los caballos de batalla más importantes de los primeros años del siglo XXI. Y ello no sólo en los debates sobre el proyecto de declaración, sino también en las nuevas legislaciones nacionales que afectan a los pueblos indígenas y en los foros internacionales en los que se tratan cuestiones que afectan a los pueblos indígenas⁸.

Aunque se hace referencia al derecho a la participación en varios artículos del proyecto de declaración, dicho derecho queda recogido principalmente en los artículos 18 (19) y 19 (20).

Artículo 18 (19): Los pueblos indígenas tienen derecho a participar en la adopción de decisiones en las cuestiones que afecten a sus derechos, vidas y destinos, por conducto de representantes elegidos por ellos en conformidad con sus propios procedimientos, así como a mantener y desarrollar sus propias instituciones de adopción de decisiones.

Artículo 19 (20): Los estados celebrarán consultas y cooperarán de buena fe con los pueblos indígenas interesados por medio de sus instituciones representativas para obtener su consentimiento previo, libre e informado antes de adoptar y aplicar medidas legislativas y administrativas que les afecten.

Se trata de dos artículos complementarios y de gran trascendencia práctica. El artículo 18 (19) al señalar, entre otros, el derecho a desarrollar sus propias formas de elegir a sus representantes y sus propias instituciones de adopción de decisiones, no hace sino reconocer su derecho al autogobierno, es decir, a la autoorganización en base a sus sistemas tradicionales de gobierno. El artículo 33 (32) lo complementa al indicar que "*los pueblos indígenas tienen derecho a determinar las estructuras y a elegir la composición de sus instituciones de conformidad con sus propios procedimientos*". Este último artículo pertenece a la sección dedicada a la auto-organización. Esta cuestión es importante porque a lo largo del siglo XX, en aras de la modernización de los sistemas administrativos, se aplicaron políticas asimilacionistas en virtud de las cuales las estructuras indígenas de toma de decisiones fueron sustituidas por sistemas de gobierno occidentales (gobernadores, alcaldes ...). Con ello, el proyecto de declaración busca garantizar la participación de los pueblos indígenas en los ámbitos de gobierno que les afectan. Igualmente, con ello se pretende evitar el consentimiento libre, previo e informado pueda ser dado por instituciones estatales que no emanen directamente de los pueblos indígenas. En efecto, si leemos el artículo 19 (20) al hablar de sus instituciones representativas podría haberse interpretado como alcaldías, gobernaduras que podrían haber sido nombradas por los gobiernos centrales. Con los artículos 18 (19) y 33 (32) esta interpretación queda completamente descartada.

⁸ Tanto en el seno del Foro Permanente para las Cuestiones Indígenas como en el Grupo de Trabajo sobre las Poblaciones Indígenas, se han llevado a cabo talleres y estudios para identificar lo que debe entenderse por consentimiento libre, previo e informado (doc. ONU E/C.19/2005/3)

Por su parte, el artículo 19 (20) garantiza que los pueblos indígenas participarán y serán tomados en consideración en todas aquellas áreas que les afecten, bien sea directa o indirectamente. En este sentido, este artículo único en el ámbito internacional, otorga a los pueblos indígenas un poder de veto pues nada que les afecte, lo que supone cualquier acción, podrá ser llevado a cabo sin su previo consentimiento previo, libre e informado, si bien el contenido de este consentimiento no está definido internacionalmente lo que otorga una cierta capacidad de interpretación a los estados. Se perfecciona así además, el derecho a la libre determinación por cuanto éste conlleva necesariamente el derecho a participar en las decisiones que les afectan, y el consentimiento libre, previo e informado es una de las formas de llevarlo a cabo. Igualmente, complementa los artículos 18 (19) y 33 (32) por cuanto supone que la consulta será decisiva a la hora de tomar la decisión, y no que se trata de una consulta preceptiva pero sin ninguna posibilidad de cambiar las decisiones.

Finalmente, el artículo 16 (17) alude a un aspecto muy específico de la participación, la comunicación intercultural, al recoger el derecho de los pueblos indígenas a controlar sus propios medios de comunicación y a que los medios estatales reflejen debidamente la diversidad cultural indígena, evitando con ello el mantenimiento de estereotipos. La cuestión de la comunicación se ha revelado fundamental para los pueblos indígenas pues ello les permite hablar por ellos mismos, sin que otros intermediarios lo hagan en su nombre, y decidir cómo quieren ser presentados ante los demás. Este artículo potencia la participación de los pueblos indígenas en los medios de comunicación general.

- *Derecho a la tierra y a los recursos*

Este es el tema más prolífico de toda la declaración, al que se le consagra nada menos que 7 artículos específicos [artículos 25 a 32 (25 a 31)] y varios párrafos preambulares [párrafos 5 (5), 6 (6), 8 (8), 9 (9) y 10 (10)]. ¿Por qué tanta atención? Básicamente porque responde a una de las principales demandas de los pueblos indígenas y porque su protección es necesaria para el desarrollo de sus culturas y formas de vida⁹. Sin el reconocimiento al derecho a sus tierras, no es posible aplicar ningún otro derecho.

Desde los años 60, la invasión de tierras indígenas por parte de colonos (a veces incentivada por políticas estatales y otras veces, como consecuencia de la presión de agentes privados), les ha despojado de grandes parcelas de tierra que tradicionalmente ocupaban, provocando una cada vez más intensa migración hacia los centros urbanos. De hecho, en países como Canadá o Chile, los indígenas urbanos ya son mayoría en el conjunto de la población indígena nacional. Por otro lado, muchas tierras de los pueblos indígenas son ricas en recursos naturales. Durante los años 70 y 80, en muchos de sus territorios, se descubrieron importantes yacimientos minerales que fueron explotados por el Estado sin ningún tipo de compensación para los pueblos indígenas que las habitaban, contaminando en muchos casos su medio ambiente y poniendo en peligro las formas de

⁹ Destacan al respecto dos textos monográficos elaborados por Erica Irene Daes en el seno del Grupo de Trabajo sobre las Poblaciones Indígenas: "Los pueblos indígenas y su relación con la tierra" y "La soberanía permanente de los pueblos indígenas sobre sus recursos naturales" (docs. ONU E/CN.4/Sub.2/2001/21 y E/CN.4/Sub.2/2004/30).

vida de las comunidades afectadas. En este sentido, el hecho de incluir de forma tan detallada la cuestión de la tierra y los recursos en el proyecto de declaración busca evitar la repetición de situaciones semejantes en el futuro y garantizar su protección.

El derecho a la tierra y a los recursos se concreta en los siguientes derechos: derecho a mantener y fortalecer su relación con sus propias tierras, territorios, aguas y mares y a asumir las responsabilidades que les incumben con respecto a las generaciones venideras [Art. 25 (25)]; a reconocer y mantener sus propias formas de propiedad, utilización u ocupación tradicional y a los adquiridos de otra forma, incluyendo el respeto y su protección jurídica por parte de los estados [Art. 26 (26)]; a que los estados establezcan, con la participación necesaria de los pueblos indígenas, cuáles son esos mecanismos de tenencia de sus tierras y se demarquen los límites de sus tierras [Art. 27 (26bis)]; a la reparación, con algunas limitaciones, de las tierras, territorios y recursos que hayan sido usurpados por terceros, incluyendo la concesión de tierras o territorios de igual valor como indemnización en caso de que no puedan ser devueltos los territorios originales [Art. 28 (27)]; a la conservación de su medio ambiente y a la capacidad productivas de sus tierras, por lo que los estados deben evitar que se almacenen o eliminen materiales peligrosos en sus tierras – siempre y cuando no se haya obtenido su consentimiento previo, libre e informado – y a que se reestablezcan los niveles de salud de las poblaciones indígenas afectadas cuando ya se haya hecho [Art. 29 (28)]; a no desarrollar actividades militares en sus territorios, salvo por amenaza importante que lo justifique o si lo aceptan o solicitan los pueblos indígenas afectados [Art. 30 (28bis)]; a la propiedad sobre los conocimientos tradicionales, bienes genéticos, propiedad intelectual, y otros bienes que se encuentren en su territorio [Art. 31 (29)]; y a determinar y elaborar sus propias prioridades y estrategias de desarrollo para sus tierras y territorios [Art. 32 (30)].

Merece la pena detenerse brevemente en algunos puntos de esta enumeración. El artículo 25 (25) es central dentro de la cuestión de las tierras y territorios por cuanto reconoce la existencia de una relación especial entre los pueblos indígenas y sus tierras, describiendo las tierras más allá del espacio físico que ocupan. Esta relación espiritual puede ser determinante a la hora de decidir en un litigio por la posesión de tierras reclamadas por pueblos indígenas, ya que permitiría que a la otra parte se le trasladara a otras tierras. El artículo 26 (26), es especialmente importante para garantizar la supervivencia de los pueblos indígenas ya que muchos estados no poseen legislación específica que reconozca el derecho a la posesión colectiva de la tierra y han procedido a políticas de privatización y parcelación de funestas consecuencias para los pueblos indígenas afectados. En este caso no hace referencia solamente a las tierras tradicionales sino que incluye “otras tierras adquiridas”. En otras palabras, si bien el artículo 25 (25) hablaba de la relación espiritual con sus tierras tradicionales, el 26 (26) hace referencia a los derechos sobre la “parte física de la tierra”, y permite extrapolar los sistemas tradicionales de posesión a tierras no tradicionales pero que están utilizando de facto, gracias a su compra o a otra forma de posesión. El artículo 26 (26) reconoce la existencia de sistemas tradicionales de posesión sin llegar a explicitar cual es el contenido de estos sistemas tradicionales (propiedad o uso colectivo, individual, familiar, etc.). Este principio está

estrechamente ligado al principio de autogobierno y al reconocimiento de sus instituciones anteriormente mencionado. El artículo 27 (26 bis) viene a explicitar la forma en que los estados deben llevarlo a cabo.

El artículo 28 (27), reconoce el derecho a una reparación por la utilización o expropiación de sus tierras. Durante el proceso de elaboración final de la Declaración se modificó el texto inicial y se restringió su aplicación, ya que los estados se negaron a aceptar una reparación sin limitaciones, sobre todo porque esta reparación podría ligarse al artículo 37 (36), que hace referencia al respeto a los tratados firmados entre estados y pueblos indígenas, y que veremos posteriormente. Sin limitaciones, temían que la declaración pudiera ser utilizada para reclamar una indemnización por la expropiación de tierras en el pasado, desde la época de la conquista, y no sólo las reconocidas ulteriormente.

El artículo 30 (28 bis) hace referencia específica a la militarización en tierras indígenas. Este artículo tiene una doble lectura: por un lado, establece que bien sólo a petición o aceptación de los pueblos indígenas o “esté justificado por una amenaza importante para el interés público pertinente” se podrán desarrollar actividades militares. En este sentido, dicho artículo podrá suponer una limitación a las actividades militares dependiendo de la definición que se dé a “amenaza importante para el interés público”, concepto indeterminado por excelencia. Por otro lado, la segunda parte es especialmente importante por cuanto conlleva la obligatoriedad de la consulta “antes de utilizar sus tierras y territorios”, sin hacer ningún tipo de distinción entre los motivos que pueden llevar a ese uso (amenaza importante para el interés público o a petición o aceptación de los pueblos indígenas afectados). En este sentido, incluso en caso de amenaza importante, se establece a obligatoriedad de la consulta, algo central ya que supone poner al menos una condición antes del uso de las tierras para actividades militares. Este es un derecho poco habitual, ya que el interés público suele ponerse por delante de cualquier condición.

El artículo 31 (29) engloba la propiedad intelectual y los derechos culturales dentro de los derechos territoriales. Podría parecer que este artículo está fuera de contexto pero, no obstante, lo que nos permite es considerar que la tierra y el territorio no sean interpretados en este proyecto de declaración como una entidad física, sino desde una perspectiva global en la que las propias culturas indígenas o los recursos genéticos forman parte de esas tierras y territorios en los que viven tradicionalmente.

Finalmente, el artículo 32 (30) hace referencia a la aplicación de sus propios modelos de desarrollo, lo que se ha convertido en una demanda central de los pueblos indígenas y de sus representantes, y que analizamos anteriormente¹⁰.

¹⁰ En esta misma perspectiva, se debe resaltar el informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas en su informe anual de 2003 en el que analizaba *El impacto de los grandes proyectos de desarrollo sobre los pueblos indígenas* (doc. ONU E/CN.4/2003/90).

- *Identidad y autoidentificación*

El derecho a la identidad es vital para los pueblos indígenas. En el proceso de elaboración del proyecto de declaración se discutió ampliamente sobre si debía haber o no una definición específica de pueblos indígenas, pues hasta entonces, todas las normas internacionales sobre pueblos indígenas incluían una definición de la expresión “pueblo indígenas”. Algunos Estados alegaron que era necesario que el proyecto de declaración incluyera una definición específica sobre pueblos indígenas con el fin de delimitar claramente a quienes se iba a aplicar. No obstante, ya en los años 80 (desde la segunda reunión del Grupo de Trabajo sobre las Poblaciones Indígenas), los pueblos indígenas habían estimado que una definición sería necesariamente restrictiva y no permitiría aplicarla en todos los continentes¹¹.

En los 90, el Grupo de Trabajo sobre las Poblaciones Indígenas abrió un debate para elaborar una definición internacional de pueblos indígenas y cerrar el debate. Erica Irene Daes fue nombrada relatora y responsable de dirigir dicho proceso y de presentar un informe final. En su informe final (doc. ONU E/CN.4/Sub.2/AC.4/1996/2), Daes dedica el párrafo 69 a esta cuestión, señalando algunos aspectos a tomar en cuenta a la hora de fijar una definición: “(...) *la prioridad en el tiempo por la que respecta a la ocupación y el uso de determinado territorio; la perpetuación voluntaria de la distinción cultural, que puede incluir los aspectos del idioma, la organización social, la religión y los valores espirituales, los modos de producción, las leyes e instituciones; la conciencia de la propia identidad, así como su reconocimiento por otros grupos, o por las autoridades estatales, como una colectividad distinta; y una experiencia de sometimiento, marginación, desposeimiento, exclusión o discriminación, independientemente de que estas condiciones persistan o no (...)*”. No obstante, a continuación, Daes precisa que dichos factores, que pueden encontrarse en mayor o menor grado en cada pueblo indígena, no constituyen ni pueden constituir una relación exhaustiva, aunque pueden ayudar a comprender el significado y aplicación de la expresión pueblos indígenas.

En el proyecto de declaración no se consideró necesario ni conveniente incluir una definición, siendo lo más cercano a la misma los artículos 9 (9) y 33 (32).

Artículo 9 (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.

¹¹ En efecto, en cada continente los pueblos indígenas son definidos por características relativamente diferentes. A modo de ejemplo, en el caso Americano, uno de los puntos centrales de la definición de pueblos indígenas radica en su existencia previa a la conquista y al mantenimiento de su identidad e instituciones. No obstante, ¿cómo aplicar esta misma definición en África – más allá de los pueblos san, koi, batwa, bakaa, etc.- puesto que no existe una “prioridad en la existencia”? En África, según el informe del Grupo de expertos para las poblaciones/ comunidades indígenas de la Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, se establecen como aspectos centrales de la definición una situación de discriminación, la identidad y el mantenimiento de sus formas de vida e instituciones propias como contrapunto al proceso de occidentalización, estando estas formas en peligro, entre otros muchos (punto 4.1 del informe). En Asia, se aplican criterios muy similares a los africanos, pero en ellos suele jugar un papel más relevante la cuestión religiosa (pertenecer a una religión minoritaria dentro del país, aunque esta pueda ser mayoritaria a nivel mundial) y a la pertenencia a una minoría étnica discriminada y diferenciada de la población mayoritaria del país.

Según este artículo, la pertenencia a una comunidad indígena se determina en base a las propias normas de los pueblos indígenas. Se fija así el modo de acceder a la condición de indígena pero no se especifica el contenido de dicha condición. Por su parte, el artículo 33 (32) es el complemento al artículo 9 (9).

Artículo 33 (32): Los pueblos indígenas tienen el derecho a determinar su propia identidad o pertenencia conforme a sus costumbres y tradiciones. [...]"

Se debe resaltar que, con estos dos artículos, el Estado no tendría por tanto la capacidad de definir si una persona es o no indígena: eso depende de las tradiciones o costumbres del pueblo indígena. Esta cuestión es importante por cuanto algunos Estados no reconocen como tales a los indígenas urbanos, algo que no debería cambiar a partir de este artículo.

El artículo 8 recogido en el borrador de 1993 y que ha sido suprimido en el proyecto final, hacía referencia específica al derecho a la auto-identificación. Varios estados mostraron su oposición frontal a dicho artículo, motivo por el que se podría haber puesto en peligro la aprobación final del proyecto. Por ello, el Presidente-Relator decidió eliminar este punto del texto final.

- *Derechos colectivos y derechos individuales*

Esta fue otra de las cuestiones que encontraron mayores resistencias de parte de algunos estados, por cuanto suponía reconocer que los derechos colectivos de los pueblos indígenas están al menos al mismo nivel que los derechos individuales, lo que se opone frontalmente a la concepción individualista del derecho que ha predominado en la esfera internacional durante el siglo XX.

Esta cuestión la abordan el párrafo 20 (18bis) del preámbulo y los artículos 1 (1) y 35 (34).

Párrafo 20 (18bis): Reconociendo y reafirmando que las personas indígenas tienen derechos sin discriminación a todos los derechos humanos reconocidos en el derecho internacional, y que los pueblos indígenas tienen derechos colectivos que son indispensables para su existencia, bienestar y desarrollo integral como pueblos.

El párrafo 20 (18bis) del preámbulo comienza reconociendo la existencia de derechos colectivos vitales para la existencia, el bienestar y el desarrollo integral de los pueblos indígenas. Los derechos colectivos no son derechos accesorios o subsidiarios, sino que se sitúan al mismo nivel que los derechos individuales.

Podría parecer que la declaración subsume al individuo dentro del pueblo indígena al que pertenece. Esta lectura significaría que la persona indígena pierde su estatus de individuo una vez que se empiezan a aplicar los derechos colectivos. El texto, sin embargo, debe entenderse de forma complementaria con respecto a los otros instrumentos de derechos humanos existentes, en los que se recogen una serie de derechos individuales. En este sentido, el artículo 1 (1) del proyecto de declaración establece:

Artículo 1 (1): Los pueblos indígenas tienen derecho, colectiva o individualmente, al disfrute pleno de todos los derechos humanos y libertades reconocidos por la Carta de las Naciones Unidas, la Declaración Universal de los Derechos Humanos y el derecho internacional relativo a los derechos humanos.

Si bien la inmensa mayoría de los artículos del proyecto de declaración hacen referencia a derechos colectivos o individuales y colectivos, el reconocimiento del artículo 1 (1) reconoce la pertinencia de todos los derechos individuales reconocidos internacionalmente, evitando la posibilidad de que la comunidad pueda violar los derechos humanos de sus miembros.

Con el fin de evitar confrontaciones entre los derechos individuales y colectivos, la declaración establece el artículo 35 (34)

Artículo 35 (34): Los pueblos indígenas tienen el derecho a determinar las responsabilidades de los individuos para con sus comunidades.

De este artículo se desprende que el derecho colectivo de fijar las responsabilidades de los individuos frente a sus comunidades llega a prevalecer sobre los derechos individuales de esos individuos, aunque con muchas limitaciones. Por ejemplo, si un individuo decidiera parcelar “su parte” de las tierras de la comunidad y utilizarla individualmente, la comunidad podría impedirlo apelando a su responsabilidad con el resto de la comunidad. De esta forma, el derecho a la propiedad individual quedaría limitado por la decisión de la comunidad de mantener la propiedad colectiva. Sin embargo, sería muy difícil que la comunidad utilizara este artículo para evitar el derecho de un individuo a la propiedad individual si este ha adquirido con cierta anterioridad derechos sobre esa tierra, la está utilizando y no desea su comunitarización. Igualmente, la comunidad no podrían alegar el artículo 35 (34) para cercenar el derecho a la libertad de expresión de los individuos que la conforman, puesto que el artículo 1 (1) del proyecto de la declaración lo impide.

En pocas palabras, si bien el proyecto de declaración reconoce la existencia de un buen número de derechos colectivos, esto no supone que los derechos individuales de sus miembros desaparezcan o se pierdan.

- *Respeto a los tratados firmados*

Este punto es especialmente importante en el ámbito norteamericano, ya que muchos pueblos indígenas firmaron acuerdos con las antiguas metrópolis coloniales (el Imperio Británico) que luego han sido sistemáticamente incumplidos por los estados sucesores (en este caso, Canadá y Estados Unidos, pero también India)¹². Por esos tratados se reconocía a los pueblos indígenas el estatus de Estados o de gobiernos independientes, las potencias coloniales se comprometían a admitir sus particulares sistemas de gobierno y se reconocían derechos territoriales sobre determinadas tierras indígenas. A modo de ejemplo reciente, el conflicto en Caledonia (Ontario, Canadá y que tuvo lugar

¹² Ver el más que debatido y criticado “*Estudio sobre tratados, acuerdos y otros arreglos constructivos entre los estados y las poblaciones indígenas*” (doc. ONU E/CN.4/Sub.2/1999/20), elaborado por Miguel Alfonso Martínez, miembro del Grupo de Trabajo sobre las Poblaciones Indígenas, en 1999.

entre febrero y junio de 2006), comienza, entre otras cuestiones, por el no reconocimiento del gobierno de Ontario de la propiedad colectiva indígena sobre las tierras otorgadas durante el siglo XVIII por la corona británica a las conocidas como “6 naciones” y sus representantes. El gobierno de Ontario señalaba que dichas tierras fueron vendidas por unos indígenas a una sociedad privada ya en el siglo XIX, venta que no respetó los sistemas tradicionales de tenencia de la tierra.

En el proyecto de declaración este tema está planteado en los párrafos 6 (6) y 13 (13) del preámbulo y en el artículo 37 (36).

Párrafo 6 (6): (...) Reconociendo además la urgente necesidad de respetar y promover los derechos de los pueblos indígenas afirmados en tratados, acuerdos y otros arreglos constructivos con los estados.

Párrafo 13 (13): Considerando que los derechos afirmados en los tratados, acuerdos y arreglos constructivos entre los estados y los pueblos indígenas son, en algunas situaciones, objeto de preocupación, interés, responsabilidad y carácter internacionales.

Considerando también que los tratados, acuerdos y demás arreglos constructivos, y las relaciones que estos presentan, sirven de base para el fortalecimiento de las asociaciones entre los pueblos indígenas y los Estados.

Artículo 37 (36): Los pueblos indígenas tiene derecho a que los tratados, acuerdos y otros arreglos constructivos concertados con los estados o sus sucesores sean reconocidos, observados y aplicados en su espíritu y propósito y a que los estados acaten y respeten esos tratados, acuerdos y otros arreglos constructivos

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 arreglos constructivos.

El párrafo 13 (13) es relevante por dos motivos principales: por un lado, supone colocar en pie de igualdad a los pueblos indígenas y a los estados en el marco de los acuerdos concluidos entre ambos, y por otro lado, porque reconoce que, en ciertas situaciones, tienen un carácter internacional que sobrepasa las fronteras nacionales. Así, la sociedad internacional puede interesarse por su cumplimiento, lo que lo saca de la estricta esfera de las relaciones internas de los Estados y les reconoce un carácter supranacional. En el texto de 1993 de este párrafo, se recogía que todos estos tratados o acuerdos tenían carácter internacional (lo que suponía reconocer de facto a los pueblos indígenas el carácter de Estado). Igualmente, en el artículo 37 (36), se eliminó la referencia a la sociedad internacional que hacía el texto original de 1993.

El artículo 37 (36) es imprescindible para que este reconocimiento pueda darse, por cuanto forma parte del articulado. Dentro del artículo, resalta la frase “aplicados en su espíritu y propósito”. Hay que tener en cuenta que algunos de estos tratados fueron firmados en el siglo XVII y XVIII, cuando las condiciones y el vocabulario eran muy diferentes a los que se emplean en la actualidad, y podrían incluir bonificaciones pecuniarias mínimas en la actualidad pero importantes en su momento. Con ello se evita la lectura parcial de las diferentes disposiciones de los tratados y se debe analizar el objetivo que se perseguía con el mismo. La segunda parte del artículo es una salvaguarda para evitar que la declaración pueda ser utilizada para limitar los derechos adquiridos en dichos acuerdos o tratados.

- *Derechos culturales*

En el proyecto de declaración hay numerosas referencias a los derechos culturales, es decir, el derecho a mantener su propia cultura, y prohíbe políticas asimilacionistas. En algunos casos se ha descendido hasta niveles muy específicos, pues los pueblos indígenas temían que de lo contrario se pudiera dar pie a la aplicación de políticas enfocadas a su integración en la sociedad envolvente. La expresión “derechos culturales” utilizada en este epígrafe debe interpretarse de una forma laxa, puesto que junto a cuestiones culturales, se incluye en este apartado cuestiones ligadas al autogobierno o a la educación.

De entre la relación de derechos culturales reconocidos en el proyecto de declaración, destaca el derecho a mantener, desarrollar sus propias instituciones y a participar en la sociedad general si así lo desean -artículo 5 (4). Esta última cuestión evita que el proyecto de declaración pueda ser interpretado como moderador de las relaciones “internas” de los pueblos indígenas pero sin centrarse en las relaciones interculturales con el resto de la sociedad. Este es el artículo central del proyecto de declaración para el reconocimiento del derecho de los pueblos indígenas a la participación en el resto de la sociedad.

El patrimonio cultural¹³ es un tema que se trata en varios artículos. Entre ellos, se reconoce el derecho a manifestar y a desarrollar sus propias culturas, lo que incluye la restitución de los restos humanos y bienes culturales expoliados [Art. 11 (12)¹⁴], lo que afectaría a las colecciones de los museos etnográficos. El artículo 12 (13) vuelve a la misma cuestión, pero añadiendo una referencia al derecho a enseñar sus propias culturas y establece que el estado debe tomar medidas para facilitar el acceso y/o repatriación de objetos de culto y restos humanos. Esta referencia específica a objetos de culto va ligada a la cuestión del respeto de sus religiones y los restos humanos buscan evitar que se sigan siendo utilizados en laboratorios o museos, algo inaceptable si se tratara de restos humanos de miembros pertenecientes a las religiones más generalizadas.

La protección de sus costumbres vuelve a retomarse en el artículo 34 (33), aunque en esta ocasión haciendo especial referencia a los modos de organización, estructuras tradicionales, costumbres y prácticas, entre otros. Si bien este artículo estaría protegido por los artículos 11 (12) y 12 (13), se decidió hacer especial referencia por cuanto el artículo 34 (33) se encuentra en la sección reservada a los sistemas de auto-organización.

¹³ Aunque no se utiliza este término, el contenido del mismo es similar al que recoge el informe de la Relatora Daes sobre la protección del patrimonio de los pueblos indígenas (doc. ONU E/CN.4/Sub.2/1995/26). Daes señala que “*por patrimonio de los pueblos indígenas se entiende todos los bienes culturales muebles, definidos en las convenciones pertinentes de la UNESCO; todos los tipos de obras literarias y artísticas como música, baile, canciones, ceremonias, símbolos y diseños, narración y poesía; todo tipo de conocimientos científicos, agrícolas, técnicos y ecológicos, incluidos cultivos y medicinas y la utilización racional de la flora y la fauna; restos humanos, bienes culturales inmuebles como lugares sagrados, emplazamientos de valor histórico y enterramientos; y la documentación del patrimonio de los pueblos indígenas en películas, fotografías, cintas de vídeo o magnetofónicas*”.

¹⁴ No obstante, la legislación internacional sobre bienes culturales y el derecho a la restitución limita bastante la aplicación práctica de estos artículos.

El artículo 20 (21) añade una referencia al derecho a mantener sus propios medios de subsistencia incluyendo la posibilidad de reparaciones cuando este mantenimiento no es posible (por ejemplo, en el caso de una catástrofe natural o por la destrucción de sus medios de subsistencia debido a un accidente). El artículo también hace referencia al derecho de los indígenas a “*dedicarse libremente a todas sus actividades económicas tradicionales y de otro tipo*”, lo que supone el reconocimiento del derecho de los indígenas a integrarse a la economía nacional y participar en ella. Ser indígena no significa tener que trabajar sólo en ámbitos tradicionales.

El proyecto de declaración también incluye una referencia a la prohibición de la asimilación forzosa y la destrucción de su cultura [Art. 8 (7)]. La segunda parte del artículo señala medidas que el estado debe tomar para evitar dicha asimilación, incluyendo la obligación de prevenir y resarcirles por actos de carácter asimilacionista que busquen eliminar su diferencia, limitar su posesión efectiva de las tierras o trasladarlos a un nuevo territorio mediante la aplicación forzosa de medidas legislativas o administrativas o actos de propaganda. Esta larga y específica lista persigue evitar que los Estados puedan considerarlas en algunos casos como no asimilacionistas y las lleven a cabo.

La educación es un tema que analiza profusamente el proyecto de declaración. Si bien los artículos 12 (11), 12 (13) y 13 (14) hacen referencia al derecho a transmitir o educar en sus propias costumbres, los artículos 14 (15) y 15 (16) hacen referencia al sistema educativo general.

En este sentido, la educación indígena, por su parte, quedaría recogida en el artículo 13 (14)¹⁵ si bien la palabra educación no se utiliza. Se utiliza la expresión “*transmitir a sus historias, idiomas, tradiciones orales, filosofías, sistemas de escritura y literaturas (...)*”. Esto permite que los artículos 14 (15) y 15 (16) se centren en el sistema educativo. El artículo 14 (15) es especialmente relevante.

Artículo 14 (15): 1. Todos los pueblos indígenas tienen el 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.

La lectura de este artículo debe hacerse relacionando los 3 puntos de los que consta, no pudiendo separarse un apartado de otros, por cuanto daría motivos a interpretaciones incoherentes con los demás puntos. El primero hace referencia, más allá de la utilización de su propio idioma, el uso de métodos propios, lo que podría significar en algún caso educación indígena. Por su parte el segundo punto podría interpretarse como el principio de no discriminación, lo que podría interpretarse al ingreso de los indígenas a la educación nacional no indígena. El tercer párrafo por su parte permite afirmar, en conjunción con los dos primeros, el derecho de los niños indígenas a recibir educación en su propio idioma y teniendo en cuenta sus culturas, a integrarse dentro de los sistemas educativos

¹⁵ El artículo 13 (14) hace referencia a otras dos cuestiones importantes: el derecho de los indígenas a hacerse entender en las actuaciones políticas, jurídicas y administrativas, incluyendo la posibilidad de interpretación, y el derecho a atribuir nombres a sus comunidades, lugares y personas y a mantenerlos. La cuestión de atribuir nombres es importante por cuanto hay países que no permiten el uso de nombres indígenas en el registro de los neonatos.

nacionales en todos los niveles (primaria, secundaria y superior), en el que a su vez los pueblos indígenas deben participar. En otras palabras, describe la base de un sistema de educación intercultural bilingüe.

El artículo 15 (16) establece las medidas que deben tomarse para evitar una educación y una información discriminatoria entre los no indígenas con el fin de permitir mejorar las relaciones interculturales entre los pueblos indígenas y la sociedad envolvente.

- *Otros derechos recogidos en el proyecto de declaración*

Entre los otros derechos reconocidos por el proyecto de declaración, destaca la referencia a otros derechos reconocidos internacionalmente. Así, se hace referencia a la no discriminación [Art. 2 (2)] o a su no exterminio [Art. 7 (6)], temas que se recogen en un gran número de otros instrumentos internacionales. Además, el artículo 17 (18) señala el derecho a la aplicación de la legislación laboral internacional, en especial con referencia a los niños. Además, se reconoce el derecho a la implementación de acciones positivas del estado [Art. 21 (22)] y a disfrutar sin discriminación de los servicios de salud, incluyendo el mantenimiento y complementariedad de sus sistemas médicos tradicionales y el derecho al mayor nivel posible de salud física y mental [Art. 24 (24)].

El artículo 10 (10) se centra en el desplazamiento forzoso de los pueblos indígenas de sus tierras sin su consentimiento libre, previo e informado, entre otras condiciones. Este artículo, si bien parecería más que recogido en el artículo 19 (20), el artículo 10 (10) añade en el caso del desplazamiento forzoso la necesidad de fijar con anterioridad una indemnización justa y la posibilidad de regreso, evitando que la destrucción de su medio ambiente por motivos ajenos a ellos pueda ser utilizada para su expropiación.

Finalmente, el artículo 36 (35) hace referencia al derecho de los pueblos indígenas a mantener contactos y relaciones con los miembros de su pueblo indígena que vivan en otros Estados. Para ello, establece que "*los Estados (...) adoptaran medidas eficaces para facilitar el ejercicio y garantizar la aplicación de este derecho* (a mantener contactos)", impidiendo que los Estados mantengan una actitud "pasiva", puesto que descarga en ellos el deber de establecer medidas para permitir esas relaciones. En otras palabras, se obliga al Estado a facilitar estos contactos.

La parte octava de la declaración [artículos 38 (37) a 42 (41)] establecen medidas que tanto los Estados como las Naciones Unidas deben tomar para garantizar el cumplimiento de los principios recogidos en el proyecto de declaración. Especialmente importante es el artículo 40 (39) por cuanto hace referencia a la solución de las controversias y a la toma en consideración de las costumbres, tradiciones, normas y los sistemas jurídicos de los pueblos indígenas interesados. A esta primera condición, en la redacción final del proyecto de declaración se añadió al texto de 1993 "*y las normas*

internacionales de derechos humanos” con el fin de garantizar que estas soluciones no serán contrarias a las normas de derecho internacional.

Los últimos artículos merecen una atención especial. El artículo 43 (42) señala que “*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*”, por lo que no establece un máximo. El artículo 45 (44) va en la misma dirección al reconocer que esta declaración no puede ser utilizada para limitar otros derechos actuales o futuros (reconociendo la posibilidad de que en el tiempo quede anticuada). Actualmente, algunas legislaciones nacionales (como la de Venezuela) reconocen derechos más avanzados que los del proyecto de declaración.

- *Artículo de salvaguarda para los Estados*

El último artículo, el 46 (45), es uno de los más polémicos y que protestas más vivas ha levantado entre los pueblos indígenas. En él se recoge salvaguardas para los Estados que pueden limitar la eficacia de la declaración. Este artículo, que en su redacción inicial era de apenas un par de líneas, se ha ido ampliando hasta llegar a suponer tres párrafos por la insistencia de los Estados. En él se recogen aspectos que limitan una posible aplicación de la declaración contraria a sus intereses fundamentales. Aunque los pueblos indígenas se opusieron frontalmente a este artículo, su incorporación al proyecto de declaración fue una condición *sine qua non* para que muchos estados votaran a favor en el Consejo de Derechos Humanos. Este artículo debe ser analizado con detenimiento, por cuanto puede llevar a la limitación del resto del articulado del proyecto de declaración. Veámoslo por partes:

Artículo 46 (45): 1. Nada de lo señalado en la presente Declaración se interpretará en el sentido de que confiera 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.

Este primer punto es característico de las declaraciones de Naciones Unidas y su fin es evitar que el uso de los diferentes instrumentos posteriores a la Carta de las Naciones Unidas pueda ser utilizado para minar su legitimidad y universalidad. El punto 2 es mucho más polémico.

2. En el ejercicio de los derechos enunciados en la presente Declaración, se respetarán los derechos humanos y libertades fundamentales de todos.

En este sentido, los derechos humanos y libertades fundamentales de todos puede llevar a la no aplicación de alguno de los derechos. Por ejemplo, ¿cómo aplicar el derecho a las tierras si han sido adquiridas legalmente por personas no indígenas? En este sentido, la aplicación de acciones específicas para los pueblos indígenas se ve afectada por esta limitación, ya que la recuperación de espacios, de los que se han visto privados en los últimos siglos, puede conllevar limitar el acceso a los mismos de otras personas (por ejemplo, limitar el derecho a la circulación en los territorios de los pueblos indígenas aislados, o limitar el derecho de asentamiento en tierras indígenas). Esto

dependerá de cada situación nacional. Las siguientes líneas de dicho punto vienen a ratificar la interpretación anteriormente mencionada.

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.

La segunda parte de este punto es especialmente limitativa por cuanto señala que la ley establecerá los espacios para su ejercicio. La inclusión de la palabra ley es central ya que estas son establecidas por los Estados y ni los pueblos indígenas ni el sistema internacional tienen la potestad de crearlas. Así, el Estado tiene la potestad de establecer límites a los derechos reconocidos a los pueblos indígenas en el proyecto de declaración. No obstante, el propio texto establece ciertas condiciones:

Esas limitaciones no serán discriminatorias y serán sólo las estrictamente necesarias para garantizar, el reconocimiento y respeto debidos a los derechos y libertades de los demás y para satisfacer las justas exigencias de una sociedad democrática.

Estas condiciones son bastante más estrictas de lo que podría parecer en una primera lectura, puesto que al no quedar claramente definidas, dan una gran capacidad de interpretación a los Estados. Como se señalaba al principio del análisis del artículo 46 (45), es difícil aplicar o reconocer derechos que pueden suponer una discriminación positiva sin llegar a limitar los derechos a la igualdad de oportunidades, de representación o de participación de otros. Dependiendo de la interpretación que de él se dé, es posible llegar a vaciar de sustancia una gran parte de los artículos recogidos en el resto del articulado.

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.

El punto tres, que vendrían a equilibrar el punto dos, no deja de ser una declaración de intenciones por cuanto los principios de justicia, democracia, derechos humanos, igualdad no discriminación, buena administración pública y buena fe no dejan de ser conceptos jurídicos indeterminados y abiertos a la interpretación.

El artículo 46 (45) ofrece una segunda interpretación que ya ha sido utilizada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos cuando se trata de la confrontación entre los derechos humanos de diferentes personas y la necesidad de encontrar puntos de encuentro (por ejemplo, en casos en los que las tierras tradicionales fueron adquiridas por sus actuales propietarios de buena fe hace más de un siglo). Para ello, se establece la posibilidad la negociación en la que se podría interpretar que los derechos de los pueblos indígenas prevalecerían por cuanto incluye no sólo una relación material con sus tierras sino además espiritual. Por su parte, sería responsabilidad del estado el encargado de buscar solucionar la conculcación de los derechos de las personas no indígenas a las que afectara esta norma. Otras opciones serían las soluciones establecidas para solventar el conflicto entre derechos tales como la libertad de expresión y el derecho a la intimidad o al honor,

para los que los Estados han establecido diferentes soluciones y que han llevado un gran debate doctrinal entre los juristas.

De cualquier forma, sólo con la aplicación y la interpretación que tanto los Estados como los pueblos indígenas den de la eventual declaración se podrá conocer hasta que punto este artículo limita realmente los principios recogidos en el proyecto de declaración.

Importancia de la declaración

En principio, podría parecer que la importancia de una declaración desprovista, en principio, de obligatoriedad jurídica¹⁶, es bastante reducida. No obstante, dicha declaración podrá, con el tiempo, pasar a formar parte del corpus de costumbre internacional y su cumplimiento podrá ser reclamado por los propios pueblos indígenas. Así, ciertos autores especializados en el reconocimiento de los derechos de los pueblos indígenas en el ámbito internacional [como S. James Anaya (2004)], consideran que las declaraciones de Naciones Unidas forman parte de la costumbre internacional al recoger bien el consenso bien una opinión fuertemente mayoritaria entre los Estados, por lo que sería posible exigir o solicitar su cumplimiento. Es indudable que los principios en ella recogidos podrán ser utilizados por las cortes nacionales o internacionales en apoyo a las decisiones que tomen.

Más allá de este debate doctrinal, la futura declaración¹⁷ de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas es especialmente relevante por al menos, tres grandes razones:

- En primer lugar, porque su proceso de elaboración ha facilitado la creación de espacios para la reflexión sobre los derechos que se querían recoger, ha aumentado la visibilidad de los pueblos indígenas, ha concienciado a los Estados de la necesidad de otorgar derechos específicos a los pueblos indígenas, y ha inspirado gran parte de la normativa nacional existente. Sin este proceso, habría sido muy difícil haber avanzado como se ha hecho en la protección de los derechos de los pueblos indígenas durante el último cuarto de siglo.
- En segundo lugar, porque una vez aprobada, la Declaración será el texto internacional más completo sobre derechos de los pueblos indígenas, con derechos únicos en el sistema de derechos humanos internacional. Se constituye así una sólida y amplia base sobre la que negociar normas más específicas en el futuro y se abre una vía para el desarrollo de nuevos derechos humanos en otras esferas.

¹⁶ En principio, las declaraciones de la Asamblea General de Naciones Unidas formulan solemnemente principios, valores y guías de conducta para que los Estados adecuen a ellas su actividad en un ámbito concreto.

¹⁷ Todos los proyectos de declaración adoptados por la extinta Comisión de Derechos Humanos han posteriormente aprobados por la Asamblea General de Naciones Unidas.

- En último lugar, porque el texto final goza de una elevada legitimidad al ser el resultado de la negociación entre Estados y pueblos indígenas. Una vez aprobada, los pueblos indígenas se habrán dotado de un arma de presión muy poderosa: por un lado, les permitirá reclamar a los poderes estatales el cumplimiento de los principios en ella recogidos y por otro lado, los Estados encontrarán dificultades para justificar normas contrarias o limitativas de los derechos en ella reconocidos. Hasta ahora, solamente estaban constreñidos al respecto los Estados parte del Convenio nº 169 de la OIT. En la Asamblea General, si la votación es ampliamente mayoritaria, serán todos los Estados miembros de Naciones Unidas los que aprueben la Declaración (más allá de los votos negativos particulares que reciba), otorgándole así un alcance universal.

De cara al futuro, el siguiente reto en este largo proceso de reconocimiento de derechos consiste en garantizar la adecuada implementación de los principios recogidos en la normativa internacional, y nacional, especialmente en la futura Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas.

Documentos oficiales referenciados

Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni contra la República de Nicaragua en la Corte Interamericana de Derechos Humanos, de 2001. Accesible en http://www.corteidh.or.cr/seriecpdf/seriec_66_esp.pdf

Convenio número 169 de la Organización Internacional del Trabajo sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes, aprobado el 27 de Junio de 1989. Accesible en <http://www.ilo.org/ilolex/cgi-lex/convds.pl?C169>

Convenio sobre la Diversidad Biológica, aprobado en la Cumbre de Río en 1992. Texto oficial del Convenio Accesible en <http://www.biodiv.org/doc/legal/cbd-un-es.pdf>.

Declaración sobre los derechos de las personas pertenecientes a minorías nacionales o étnicas, religiosas o lingüísticas (A/RES/47/135)¹⁸, aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas de 3 de febrero de 1993

Declaración y programa de acción de Viena (Conferencia Mundial de Derechos Humanos de Viena), aprobados por la Asamblea General (A/CONF.157/23), de 12 de julio de 1993. Accesible en [http://www.unhchr.ch/huridocda/huridoca.nsf/\(Symbol\)/A.CONF.157.23.Sp?OpenDocument](http://www.unhchr.ch/huridocda/huridoca.nsf/(Symbol)/A.CONF.157.23.Sp?OpenDocument)

Estrategia del Banco Interamericano de Desarrollo para el desarrollo indígena, de 22 de febrero de 2006. Accesible en: <http://idbdocs.iadb.org/wsdocs/getdocument.aspx?docnum=691269>

¹⁸ Para buscar cualquier documento de las Naciones Unidas, debe utilizarse el buscador ODS, en la página <http://documents.un.org/welcome.asp> y allí, en la signatura, introducir el símbolo del documento (por ejemplo, doc. ONU E/CN.4/Sub.2/2004/30), lo que le dará acceso a la página de referencia del documento con los idiomas en los que está disponible.

Estudio del problema de la discriminación contra las poblaciones indígenas (E/CN.4/Sub.2/1986/7), preparado por el Relator Especial José R. Martínez Cobo para la Subcomisión de Prevención de Discriminaciones y Protección a las Minorías de las Naciones Unidas.

Estudio sobre los tratados, convenios y otros acuerdos constructivos entre los Estados y las poblaciones indígenas. Informe final presentado por el Sr. Miguel Alfonso Martínez, Relator Especial (E/CN.4/Sub.2/1999/20) de 22 de junio de 1999

Indigenous Peoples' Rights Act de Filipinas (IPRA-1999) de 28 de Julio de 1997. Accesible en: <http://www.ncip.gov.ph/downloads/philippines-ipra-1999-en.pdf>

Informe de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el medio ambiente y el desarrollo (conocida como Cumbre de Río) (A/CONF.151/26 -3 volúmenes), aprobado por la Asamblea General el 12 de agosto de 1992.

Informe de la Cuarta Conferencia mundial sobre la mujer (conocida como la Conferencia de Beijing) (A/CONF.177/20), de 17 de octubre de 1995

Informe del Grupo de Trabajo de Expertos en poblaciones/comunidades Indígenas de la Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, adoptado por la Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos por la resolución Res.65(XXXIV) 03 de 20 de noviembre de 2003.

Informe del Grupo de Trabajo establecido de conformidad con la resolución 1995/32 de la Comisión de Derechos Humanos en su 11º periodo de sesiones (E/CN.4/2006/79) de 22 de marzo de 2006 (informe del Grupo de Trabajo sobre el proyecto de declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas)

Informe del Grupo de Trabajo para las Poblaciones Indígenas en su primer periodo de sesiones (E/CN.47Sub.2/1982/33) de 25 de agosto de 1982.

Informe del Grupo de Trabajo para las Poblaciones Indígenas en su cuarto periodo de sesiones (E/CN.4/Sub.2/1985/22) de 27 de agosto de 1985

Informe del Grupo de Trabajo para las Poblaciones Indígenas en su quinto periodo de sesiones (E/CN.4/Sub.2/1987/22) de 24 de agosto de 1987

Informe del Grupo de Trabajo para las Poblaciones Indígenas en su séptimo periodo de sesiones (E/CN.4/Sub.2/1989/36) de 25 de agosto de 1989

Informe del Grupo de Trabajo para las Poblaciones Indígenas en su octavo periodo de sesiones (E/CN.4/Sub.2/1990/42) de 27 de agosto de 1990

Informe del Grupo de Trabajo para las Poblaciones Indígenas en su undécimo periodo de sesiones (E/CN.4/Sub.2/1993/29) de 23 de agosto de 1993

Informe del Grupo de Trabajo para las Poblaciones Indígenas en su duodécimo periodo de sesiones (E/CN.4/Sub.2/1994/30) de 17 de agosto de 1994

Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas, Rodolfo Stavenhagen, presentado de conformidad con la resolución 2002/65 de la Comisión, el impacto de los grandes proyectos de desarrollo sobre los pueblos indígenas (E/CN.4/2003/90), de 21 de enero de 2003

Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas, Sr. Rodolfo Stavenhagen (E/CN.4/2006/78), de 16 de febrero de 2006

Informe del Seminario internacional sobre metodologías relativas al consentimiento libre, previo e informado y los pueblos indígenas (E/C.19/2005/3), organizado por el Foro Permanente para las Cuestiones Indígenas, de 17 de febrero de 2005.

Informe Nº 40/04. Caso 12.053 Fondo Comunidades Indígenas Mayas del Distrito de Toledo (Belice), analizado por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, de 12 de octubre de 2004. Accesible en: <http://www.cidh.org/annualrep/2004sp/Belize.12053.htm>

La política del Banco Asiático de Desarrollo para los Pueblos Indígenas de 1998, accesible en http://www.adb.org/Documents/Policias/Indigenous_Peoples/ADB-1998-Policy-on-IP.pdf

La soberanía permanente de los pueblos indígenas sobre sus recursos naturales. Informe final de la Relatora Especial, Sra. Erica-Irene A. Daes (E/CN.4/Sub.2/2004/30) de 13 de julio de 2004.

Las poblaciones indígenas y su relación con la tierra. Documento de trabajo final preparado por la Relatora Especial, Sra. Erica-Irene A. Daes (E/CN.4/Sub.2/2001/21) de 11 de junio de 2001.

Ley orgánica de pueblos y comunidades indígenas de Venezuela, de 8 de diciembre de 2005. Accesible en <http://www.asambleanacional.gov.ve/ns2/leyes.asp?id=512>

Pacto Internacional de derechos civiles y políticos, adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas de 16 de diciembre de 1966. Accesible en <http://www.ohchr.org/spanish/law/ccpr.htm>

Pacto Internacional de derechos económicos, sociales y culturales, adoptado por la Asamblea General de Naciones Unidas de 16 de diciembre de 1966. Accesible en <http://www.ohchr.org/spanish/law/cescr.htm>

Política operativa sobre pueblos indígenas del Banco Interamericano de Desarrollo (GN-2296), de 11 de marzo de 2004. Accesible en <http://www.iadb.org/sds/doc/IND-GN2296as.pdf>

Protección del patrimonio de los pueblos indígenas Informe definitivo de la Relatora Especial, Sra. Erica-Irene Daes, presentado en virtud de la resolución 1993/4 y de la decisión 1994/105 de la Comisión de Derechos Humanos (E/CN.4/Sub.2/1995/26) de 21 de junio de 1995.

Resolución de la Asamblea General de las Naciones Unidas por la que se aprueba el Primer Decenio Internacional de las Poblaciones Indígenas del Mundo (A/RES/48/163) de 21 de diciembre de 1993

Resolución de la Asamblea General de las Naciones Unidas por la que se aprueba el Segundo Decenio Internacional de los Pueblos Indígenas del Mundo (A/RES/59/174) de 24 de febrero de 2005

Resolución por la que se aprueba el Proyecto de Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas (HRC/2006/2) aprobada por el Consejo de Derechos Humanos el 29 de junio de 2006. (Nombre oficial: aplicación de la resolución 60/251 de la Asamblea General, de 15 de marzo de 2006, titulada "consejo de derechos humanos". Grupo de Trabajo de la Comisión de Derechos Humanos encargado de elaborar un proyecto de declaración de conformidad con el párrafo 5 de la resolución 49/214 de la Asamblea General, de 23 de diciembre de 1994) Accesible en ODS temporalmente bajo la signatura provisional A/HRC/1/L.3.

Bibliografía

Anaya, s. (2004), *Los pueblos indígenas en el derecho internacional*. Madrid: Trotta, 2004

MacKay, F. (2002), *Guía para los derechos de los pueblos indígenas en el sistema interamericano de derechos humanos*. Copenhague: IWGIA.