

**II. MARCO JURÍDICO INTERNACIONAL PARA LA
PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS
DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS**

La Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas

Mariana Salazar Alborno^{*}
Gustavo Torres Cisneros^{**}

Introducción

Una cuestión aparentemente sencilla, la definición de los pueblos indígenas y los derechos que les competen es una de las más complejas en el marco del derecho internacional y por ende en el seno de las Naciones Unidas. Esto, desde luego, debido al carácter histórico y social de los pueblos y comunidades indígenas en las diferentes regiones del mundo.

Los pueblos indígenas son entendidos como los descendientes de aquellos pueblos que habitaban un territorio antes de la formación de un Estado y antes de ser objeto de despojo y colonización. El término *indígena* puede ser definido como una característica que relaciona la identidad de un determinado pueblo a un área específica y que lo diferencia culturalmente de otros pueblos o gentes. En este sentido se usan literalmente las palabras “indígena” y “autóctono”.

Cuando, por ejemplo, los inmigrantes europeos se asentaron en América y Oceanía o cuando nuevos Estados fueron creados en África y Asia una vez abolido el colonialismo, ciertos pueblos fueron marginados y discriminados debido a que su lenguaje, religión, cultura y estilo de vida eran diferentes y la sociedad dominante los percibía como inferiores. La insistencia sobre su derecho a la autodeterminación es la forma en que los pueblos indígenas han intentado superar estos obstáculos.

Muchos pueblos indígenas continúan siendo, hasta el día de hoy, excluidos de la sociedad y frecuentemente privados de sus derechos como ciudadanos comunes de un Estado. Sin embargo, están determinados a conservar, desarrollar y transmitir a las generaciones futuras sus territorios ancestrales y su identidad étnica. La identificación de ellos mismos como individuos indígenas y su aprobación por parte del grupo son un componente esencial del sentido de identidad de los pueblos indígenas. La continuidad de su existencia como pueblos está íntimamente relacionada con la posibilidad de influenciar su propio destino y vivir de acuerdo a sus propios patrones culturales, instituciones sociales y sistemas legales.

* Directora de Política Internacional en Derechos Económicos, Sociales y Culturales y Grupos Específicos, Dirección General de Derechos Humanos y Democracia, Secretaría de Relaciones Exteriores, México.

** Titular de Asuntos Internacionales de la Comisión Nacional para el Desarrollo de los Pueblos Indígenas, México.

Un mínimo de 350 millones de personas en el mundo son consideradas indígenas. La mayoría de ellas habitan áreas remotas del planeta, muy frecuentemente territorios con grandes riquezas naturales y minerales. En la actualidad, existen aproximadamente unos 5,000 pueblos indígenas, desde los pueblos de la selva amazónica a los grupos tribales de la India y desde los inuit del Ártico hasta los aborígenes de Australia.

Los pueblos indígenas poseen derechos previamente adquiridos en relación con sus territorios, tierras y recursos, pero frecuentemente éstos se ven amenazados o ya les han sido revocados. Ellos tienen una cultura y una economía disímiles a las de la sociedad dominante y su autoidentificación como indígenas es una pieza fundamental de su identidad.

Los pueblos indígenas enfrentan serias dificultades, tales como el constante riesgo a ser asesinados, la invasión de sus territorios, el saqueo de sus recursos, la discriminación legal y cultural y la falta de reconocimiento oficial a sus instituciones. Los indígenas del mundo tienen fincadas sus esperanzas en la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas para superar estas dificultades.

Es inevitable concluir que en el mundo algo ha estado mal, siendo que la mayor biodiversidad, riqueza, petróleo, minerales, recursos, etc., está en regiones indígenas, pero que son precisamente los indígenas los más pobres y marginados. La relación está desequilibrada en términos del norte y del sur. Se ha justificado que la pobreza y la marginación indígenas se explican por su forma de cultura y civilización; no obstante, ello ha sido una justificación de los políticos para asumir que la exclusión y la pobreza es resultado de una mala relación entre Estados y pueblos indígenas. Por ello, la Declaración ayudará a mejorar esa relación.

La Declaración surgió como resultado de una importante evolución que ha atravesado el derecho internacional de los derechos humanos durante las últimas décadas. El creciente interés por la normatividad en materia de derechos de los pueblos indígenas es, sin duda, un avance significativo de este sistema del derecho, que tiene el enorme rezago de no contar, a la fecha, con un instrumento internacional que plasme de manera global los derechos humanos de los pueblos indígenas. Un rezago que, cabe mencionar, viene existiendo desde 1948, año en el que comenzó la codificación de dicho sistema.

Cabe recordar que el periplo de los indígenas hacia las Naciones Unidas lo inició el Jefe Kayuga Deskaheh, cuando acudió a la sede de la Sociedad de las Naciones en Ginebra, en 1923, como representante de las Seis Naciones de los Iroqueses. Al año siguiente, a fin de protestar por el incumplimiento del Tratado de Waitangi (Nueva Zelanda, 1840), que garantizaba a los indígenas maoríes la propiedad de sus tierras, T. W. Ratana, dirigente religioso maorí, envió a parte de su delegación a Ginebra para que se presentara ante la Sociedad de las Naciones, donde

recibió un tratamiento similar al del jefe Deskaheh, es decir, también fue ignorado; pero el camino ya estaba señalado.¹

No obstante, fue a partir de la década de los 80 que el asunto de la normatividad en materia indígena atrapó más acentuadamente la atención de la comunidad internacional en distintos frentes.

Los primeros intentos de abordar las preocupaciones indígenas en el plano internacional comenzaron en el marco de una agencia especializada de la Organización de las Naciones Unidas (ONU): la Organización Internacional del Trabajo (OIT). Ya desde 1957, la OIT había elaborado un convenio sobre la materia, el Convenio No. 107,² el cual, sin embargo, probó estar guiado por intereses políticos en lugar de resaltar el valor de las culturas indígenas como tales. De hecho, el Convenio 107 se enfocó más al propósito de integración y asimilación de los pueblos indígenas, en lugar de proteger sus características y estilo de vida únicos.³

Debido a estas críticas, en 1986 la OIT cambió de dirección, y comenzó la elaboración de un nuevo instrumento que sustituyó al Convenio 107. Dicho instrumento fue adoptado en 1989, y hoy constituye el único instrumento convencional internacional vigente en materia indígena: el Convenio No. 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes.⁴ El Convenio 169 se centra principalmente en el derecho de los pueblos indígenas de vivir y desarrollarse como comunidades distintas, conteniendo obligaciones importantes para los Estados en relación con la integridad cultural de los pueblos indígenas, sus derechos sobre tierras, territorios y recursos naturales, y diversos aspectos de no-discriminación por lo que respecta a su desarrollo, entre otros. A pesar de haber logrado ser invocado ya en diversos tribunales nacionales, hay que tener en cuenta que el Convenio 169 es oponible únicamente a los 17 Estados que a la fecha son parte a él,⁵ y que, aunque aborda temas que van más allá de los derechos laborales, su elaboración en el marco de la OIT es evidencia de que el instrumento no es, y no pretendió ser, un instrumento que aborde de manera global todos los derechos humanos de los pueblos indígenas.

¹ Véase: <http://www.un.org/spanish/documents/esc/subsidiary.htm>

² Convenio No. 107 de la Organización Internacional del Trabajo relativo a la protección e integración de las poblaciones indígenas y de otras poblaciones tribales y semitribales en los países independientes, adoptado el 26 de junio de 1957, que fue revisado en 1989 por el Convenio No. 169, *infra* nota 3. El convenio No. 107 fue ratificado por 27 Estados.

³ WIESSNER, Siegfried, "Rights and Status of Indigenous Peoples: A Global Comparative and International Legal Analysis", en *Harvard Human Rights Journal*, Vol. 12, Spring 1999, pp. 57-128, en p. 100.

⁴ Convenio No. 169 de la Organización Internacional del Trabajo sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes, adoptado el 27 de junio de 1989, en vigor a partir del 5 de septiembre de 1991.

⁵ A la fecha, son Estados parte a dicho Convenio, los siguientes: Argentina, Bolivia, Brasil, Colombia, Costa Rica, Dinamarca, Dominica, Ecuador, Fiji, Guatemala, Honduras, México, Noruega, Países Bajos, Paraguay, Perú y República Bolivariana de Venezuela.

Las crecientes demandas indígenas durante dicha década, así como las labores de la OIT, desencadenaron interés por el tema indígena en otros foros internacionales.

Así, desde 1970 el tema indígena incrementó su presencia en la ONU, como resultado, en gran parte, del incremento en la cooperación internacional de los pueblos indígenas a través de organizaciones no gubernamentales. En 1985, comenzaron importantes esfuerzos en el marco de la ONU para elaborar un proyecto de declaración internacional sobre el tema. Esfuerzos que han continuado durante más de 21 años hasta el presente año 2006, año en el cual el proceso finalmente vislumbra ser concluido.

En el marco de la Organización de Estados Americanos (OEA), por su parte, en 1989 la Asamblea General de dicha Organización autorizó a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos a desarrollar un proyecto de instrumento jurídico para proteger los derechos de los pueblos indígenas. Dicha Comisión aprobó un proyecto en 1997,⁶ y como consecuencia de ello se remitió el asunto a la Asamblea General y al Consejo Permanente de la OEA. En 1999, se estableció un Grupo de Trabajo del Consejo Permanente encargado de elaborar la Declaración con base en el proyecto citado, el cual a la fecha ha sesionado durante siete ocasiones y que está próximo por concluir sus labores.

La oleada de interés por el tema se vio reflejada también en otros foros multilaterales de asuntos que tenían incidencia sobre la cuestión indígena. Así, dichos foros han contribuido al marco normativo internacional a través de la inclusión del tema indígena en diversas resoluciones, declaraciones y programas de acción derivadas de conferencias mundiales y regionales sobre temas tales como el medio ambiente, el desarrollo y la discriminación, entre otros. Destaca que la propia Declaración y el Programa de Acción de Viena, adoptados en 1993 por la Conferencia Mundial de Naciones Unidas sobre los Derechos Humanos, hacen un llamado a los Estados para respetar la diversidad de los pueblos indígenas y “sus diferentes identidades, culturas y sistemas de organización social”,⁷ e instan al sistema de las Naciones Unidas a brindar mayor atención a las preocupaciones de los pueblos indígenas.⁸ Estas disposiciones, no obstante, tienen el carácter de *soft law*⁹ y no son jurídicamente vinculantes.

⁶ Proyecto de Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, aprobado por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en febrero de 1997, en: Reporte anual de la Comisión IDH 1997, OEA/Ser.L/V/III.95.doc.7, rev. 1997, pp. 654-676.

⁷ Declaración y Programa de Acción de Viena, Doc. A/CONF.157/23, 12 de julio de 1993, párrafo 20.

⁸ *Idem*, párrafos 28 a 32.

⁹ Las disposiciones contenidas en instrumentos de *soft law* tales como resoluciones de organismos internacionales y declaraciones de Estados no son jurídicamente vinculantes para los Estados. Sin embargo, su valor reside en que reflejan la *opinio iuris* de los Estados, que es uno de los elementos para eventualmente formar una norma consuetudinaria internacional (junto con el elemento de la *inveterata consuetudo* o práctica reiterada por parte de los Estados), teniendo ésta efectivamente el carácter de vinculante.

Es por ello que, tratándose de derechos de los pueblos indígenas, la comunidad internacional continúa recurriendo a interpretar las obligaciones más generales existentes bajo el derecho internacional de los derechos humanos, a efecto de tornarlas aplicables a los pueblos indígenas. Así, por ejemplo, el Comité de Derechos Humanos, al interpretar el contenido del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos ha reafirmado que el derecho a la libre determinación contenido en el artículo 1 de dicho Pacto,¹⁰ los derechos de minorías contenidos en el artículo 27¹¹ del mismo,¹² y los derechos a la privacidad y a la integridad familiar contenidos en sus artículos 17 y 23, se extienden a los pueblos indígenas en particular por lo que se refiere a sus tierras, territorios y recursos naturales, y a su derecho a la supervivencia cultural y a preservar sus propias instituciones. Similares interpretaciones ha realizado el Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial en relación con la Convención Internacional que supervisa, a efecto de eliminar la discriminación que ha privado a los pueblos indígenas de su derecho a disfrutar su particular forma de vida.¹³ También en el ámbito regional, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha interpretado el derecho a la vida contenido en el artículo 4 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, así como el derecho a la propiedad contenido en el artículo 21 de dicho instrumento, para proteger el derecho de los pueblos indígenas a que se preserve el medio ambiente natural y el sistema tradicional de tenencia de sus tierras y recursos naturales.

A la luz de este ecléctico marco normativo, es válido cuestionarse si las disposiciones generales contenidas en dichos instrumentos internacionales de derechos humanos son, realmente, suficientes para satisfacer las necesidades específicas de los pueblos indígenas. Necesidades que han derivado, en las distintas épocas y en las diversas regiones del mundo, de los citados problemas de despojos de tierras, la extrema pobreza, la imposición de formas de vida distintas a las tradicionales, y la limitación a la autonomía de los pueblos indígenas. Dichos problemas han atentado contra la propia supervivencia física, cultural y espiritual de los pueblos

¹⁰ El Comité ha dicho que la eliminación unilateral de los derechos ancestrales de un grupo indígena sobre la tierra constituye una violación de dicho artículo 1. Ver, por ejemplo, las Observaciones Finales formuladas por el Comité para los Estados Unidos de América: 03/10/95, CCPR/C/79/Add. 50.

¹¹ Artículo 27 del PIDCP: "En los Estados en que existan minorías étnicas, religiosas o lingüísticas, no se negará a las personas que pertenezcan a dichas minorías el derecho que les corresponde, en común con los demás miembros de su grupo, a tener su propia vida cultural, a profesar y practicar su propia religión y a emplear su propio idioma".

¹² Comité de Derechos Humanos, Observación General 23 (60) (Art. 27), adoptada el 6 de abril de 1994. Ver también, por ejemplo, el Caso Ominayak, Chief of the Lubicon Lake Band of Cree v. Canadá, Comunicación No. 167/1984, Comité de Derechos Humanos, A/45/40, Vol. II, anexo IV, A, párrafo 32.2.

¹³ CERD, Observación General XXIII(51) sobre Pueblos Indígenas, adoptada en la sesión 1235 del Comité, el 18 de agosto de 1997.

indígenas, y no han sido solucionados con el marco normativo internacional de derechos humanos existente a la fecha, ya que éste no contempla las características distintivas de los pueblos indígenas, como son la relación espiritual que guardan con sus tierras y recursos naturales, así como su particular identidad cultural en el ámbito colectivo, y en general su distinta forma de vida.

Lo anterior es muestra de que hoy, más que nunca, se requiere de un instrumento internacional que aclare o precise el alcance de los derechos humanos para los pueblos indígenas, según se ha hecho en relación con otros grupos de población.¹⁴ Ello brindaría mayor seguridad jurídica tanto para los pueblos indígenas como para los Estados, y evitaría el problema de tener interpretaciones contradictorias sobre el verdadero alcance de algunos de dichos derechos. La Declaración de Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, una vez adoptada por la Asamblea General de la ONU,¹⁵ constituirá precisamente ese importante instrumento.

I. Las negociaciones sobre la Declaración en el marco de la ONU

A. Origen y desarrollo de las negociaciones

El antecedente directo del proceso de elaboración de la Declaración data de 1970, cuando la entonces denominada Subcomisión para la Prevención de Discriminaciones y Protección de las Minorías del Consejo Económico y Social (denominada desde 1999 Subcomisión para la Promoción y Protección de los Derechos Humanos) recomendó el estudio general y completo del problema de la discriminación contra las poblaciones indígenas.

En este sentido, en 1971 el Sr. José R. Martínez Cobo (Ecuador) fue nombrado *Relator Especial de la Comisión de Derechos Humanos sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas*. Su estudio abordó la problemática de la discriminación contra las poblaciones indígenas con una amplia perspectiva de derechos humanos, incluyendo áreas especiales de acción tales como la salud, la vivienda, la educación, la lengua, la cultura, las instituciones sociales, culturales y

¹⁴ Destaca que la evolución histórica del derecho internacional de los derechos humanos cuenta con las siguientes fases: positivación, generalización, internacionalización y especificación. Es en la fase de especificación que el alcance de cada uno de los derechos humanos han sido desarrollados, aclarados y delimitados mediante instrumentos internacionales específicos, como sucede, por ejemplo, con la Convención sobre los Derechos del Niño, la Convención para prevenir y eliminar la Tortura, la Convención de Naciones Unidas sobre el Estatuto de los Refugiados, la Convención para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, etc.

¹⁵ Al momento de cierre de la presente edición, la Declaración de Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas no había sido adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas.

jurídicas, el empleo, la tierra, los derechos políticos, los derechos y prácticas religiosos y la igualdad en la administración de justicia. Sus relevantes conclusiones fueron compiladas en un informe final presentado a la Subcomisión de 1981 a 1984.

El estudio del Sr. Martínez Cobo reavivó el interés de la comunidad internacional por el tema y dio lugar a la creación del Grupo de Trabajo sobre Poblaciones Indígenas en 1982, como órgano subsidiario de la Subcomisión, compuesto por expertos independientes. En 1985, dicho Grupo de Trabajo comenzó la elaboración de un proyecto de Declaración bajo la guía de la Presidenta-Relatora Erica Irene Daes (Grecia), y el texto final fue acordado en 1993. En 1994, la Subcomisión adoptó el proyecto sin modificaciones¹⁶ y remitió el proyecto de Declaración a la antigua Comisión de Derechos Humanos, para su consideración.¹⁷

Destaca que el proyecto de la Subcomisión fue revolucionario en tanto que reconocía ya a los indígenas como “pueblos”, en lugar del tradicional término de “poblaciones indígenas” que se utilizaba anteriormente. El proyecto de 1993 reconocía el derecho a la libre determinación de los pueblos indígenas en los mismos términos que el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y enlistaba, asimismo, diversos derechos colectivos específicos de los pueblos indígenas, en los aspectos políticos, económicos, sociales y culturales, incluyendo el derecho a no ser sometidos a genocidio ni a etnocidio, y el reconocimiento de sus tradiciones espirituales y religiosas, sus lenguas, y sus tierras y territorios, entre otros. El documento va más allá del Convenio 169 de la OIT por lo que se refiere a la libre determinación, los derechos sobre tierras y recursos naturales, y la autonomía política.¹⁸ El procedimiento para la elaboración de dicho proyecto de Declaración derivó, en gran medida, de la colaboración entre los expertos y los pueblos indígenas.

Una vez que dicho proyecto fue remitido a la Comisión de Derechos Humanos, ésta estableció, en 1995, un Grupo de Trabajo intergubernamental de composición abierta,¹⁹ para reunirse entre periodos de sesiones, con la participación de representantes indígenas, que quedó encargado de elaborar un proyecto de Declaración tomando como base el texto de la Subcomisión. El Grupo de Trabajo fue presidido desde sus inicios y durante todas sus labores por el Presidente-Relator Luis Enrique Chávez (Perú). La intención era que la Declaración fuera adoptada en el marco del primer Decenio Internacional de las Poblaciones Indígenas del Mundo (1995-2004).²⁰

¹⁶ E/CN.4/Sub.2/1993/SR.35 (1994).

¹⁷ Resolución 1994/45 del 26 de agosto de 1994.

¹⁸ ANAYA, James, *Indigenous Peoples In International Law* (1996), p. 53.

¹⁹ Resolución 1995/32 de la Comisión de Derechos Humanos, 3 de marzo de 1995. El ECOSOC hizo suya esta decisión en su resolución 1995/32 del 25 de julio de 1995.

²⁰ La resolución 48/163 de la Asamblea General de la ONU proclamó el “Decenio Internacional de las Poblaciones Indígenas del Mundo” a partir del 10 de diciembre de 1994. Destaca que

A pesar de las intensas negociaciones entre los Estados, con la participación de representantes indígenas, durante las sesiones del Grupo de Trabajo, el plazo no fue cumplido. Lo anterior, debido principalmente a los obstáculos que significaban para algunos Estados los temas de libre determinación, los derechos indígenas sobre tierras y recursos naturales, y el concepto de derechos colectivos.

Al no haberse concluido en el plazo previsto, en 2005 la Comisión de Derechos Humanos extendió por un último año el mandato del Grupo de Trabajo para que concluyera sus labores antes de marzo de 2006. La pronta adopción de la Declaración fue, entonces, un objetivo prioritario del Programa de Acción para el Segundo Decenio Internacional de las Poblaciones Indígenas del Mundo (2005-2014),²¹ y una firme intención de la comunidad internacional. Así, durante la Cumbre Mundial de 2005, los jefes de Estado y de gobierno reafirmaron su compromiso de presentar “lo antes posible, para su aprobación, un proyecto final de Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas.”²² También, la Asamblea General de las Naciones Unidas, a través de una resolución de diciembre de 2005, hizo un llamado “a todos los gobiernos y organizaciones indígenas interesados a que adopten las medidas necesarias para facilitar la aprobación, a la brevedad posible, del proyecto de Declaración”.²³

El 11° y último periodo de sesiones del Grupo de Trabajo tuvo lugar entre diciembre de 2005 y enero de 2006. En dicho periodo se logró un consenso sobre gran número de artículos del proyecto, y se alcanzaron posiciones cercanas sobre la mayoría de los artículos restantes. Como consecuencia de ello, en febrero de 2006, el Presidente-Relator del Grupo, Sr. Luis Enrique Chávez, presentó un proyecto de Declaración que buscaba atender las preocupaciones mayoritarias expresadas durante el último periodo de sesiones del Grupo de Trabajo. Dicho proyecto eventualmente recibió un apoyo mayoritario de los pueblos indígenas y de gran número de Estados, y fue presentado al recientemente creado Consejo de Derechos Humanos para su consideración.

Algunos Estados, no obstante, no quedaron satisfechos con el Proyecto del Presidente-Relator, destaca la importante labor de cabildeo realizada por Australia, Nueva Zelanda y Estados Unidos en oposición al texto, con base en el carácter no-consensuado de éste, así como en argumentos relativos a la integridad territorial, libre determinación y tierras y territorios, principalmente. Es de notarse, también, la sorprendente posición de Canadá, la cual se unió a la oposición argumentando

el año de 1993 ya había sido proclamado el “Año Internacional de las Poblaciones Indígenas del Mundo”, mediante resolución de la Asamblea General 45/164 (1990).

²¹ A/60/270 punto 4 sobre Derechos Humanos, párrafo 35.

²² A/RES/60/1, Documento Final de la Cumbre Mundial 2005, 24 de octubre de 2005, párrafo 127.

²³ A/RES/60/142, 16 de diciembre de 2005, párrafo 7.

dificultades en la consulta con sus provincias en el ámbito interno. Ello resultó contradictorio con el importante apoyo que Canadá había mostrado durante las negociaciones previas, y se atribuye principalmente al cambio de gobierno que existió en dicho país a principios de 2006. Finalmente, Rusia se unió a la oposición, argumentando fundamentalmente que el texto del Presidente-Relator no era un texto de consenso.

No obstante, existió un pensamiento mayoritario, tanto entre los representantes gubernamentales como indígenas, de que cualquier prolongación de las negociaciones sería en detrimento de la Declaración, ya que se considera que el texto refleja el mayor consenso que es posible alcanzar.

Así, el 29 de junio de 2006, el Consejo de Derechos Humanos adoptó en su primer periodo de sesiones, la resolución 2006/2²⁴ presentada por Perú,²⁵ con la cual se aprobó el proyecto final de la Declaración presentado por el Presidente-Relator del Grupo de Trabajo, y lo remitió para su aprobación final en el 61 periodo de sesiones de la Asamblea General que inició en septiembre de 2006, para que, de aprobarse, se abra a su adopción. La resolución fue adoptada mediante 30 votos a favor – México incluido –, dos votos en contra²⁶ y 12 abstenciones.²⁷

La aprobación del texto final del proyecto de Declaración en el marco del primer periodo de sesiones del Consejo representa un avance histórico hacia el reconocimiento y promoción, de manera amplia e integral, de los derechos de los pueblos indígenas en el marco de las Naciones Unidas. De ser aprobada por la Asamblea General, la Declaración culminará el largo e importante esfuerzo por reconocer en un instrumento internacional el alcance y significado de los derechos humanos de los pueblos indígenas, atendiendo a las particularidades históricas, culturales y espirituales de dichos pueblos.

B. La posición mexicana

La posición de México en torno de los derechos de los pueblos indígenas empezó a dar muestras de apertura cuando en 1984 se modificó el artículo 4 de la Constitución mexicana que reconoce a este país como multicultural. Sin embargo, no fue sino con el levantamiento zapatista y, más tarde, con la reforma constitucional del 2001, que se abrió una nueva puerta

²⁴ 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 1994.

²⁵ Copatrocinada por los siguientes Estados: Armenia, Benin, Chipre, Congo, Costa Rica, Cuba, Dinamarca, Estonia, Eslovenia, España, Finlandia, Francia, Grecia, Guatemala, Haití, Lesotho, México, Nicaragua, Noruega, Panamá, Perú, Portugal, Venezuela.

²⁶ Canadá y Federación de Rusia.

²⁷ Argelia, Argentina, Bahrein, Bangladesh, Ghana, Jordania, Marruecos, Nigeria, Filipinas, Senegal, Túnez y Ucrania.

para dar entrada al desarrollo, promoción y protección de los indígenas a escala nacional e internacional. En este sentido, no se puede dejar de mencionar el surco que marcaron los famosos diálogos de San Andrés sobre derechos y cultura indígenas, los cuales hasta la fecha son fuente de inspiración de no pocos líderes y organizaciones.

Por lo anterior, México copatrocinó la resolución sobre el *Programa de acción para el Segundo Decenio Internacional de los Pueblos Indígenas del Mundo* en el marco del 60 periodo de sesiones de la Asamblea General de la ONU, y presentó periódicamente desde 2001 la resolución intitulada *Derechos humanos y cuestiones indígenas* en la extinta Comisión de Derechos Humanos de la ONU.²⁸ Participa también en las labores del Foro Permanente para las Cuestiones Indígenas,²⁹ y del Grupo de Trabajo sobre las Poblaciones Indígenas,³⁰ así como del Fondo de Contribuciones Voluntarias de las Naciones Unidas para Poblaciones Indígenas.³¹ En el ámbito interamericano, participa también en las labores del Grupo de Trabajo encargado de elaborar la Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, así como en el Fondo Indígena para América Latina y el Caribe.

En el marco del Acuerdo de cooperación entre México y la Oficina del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos (OACNUDH), se incluyen dos proyectos que actualmente se están implementando con incidencia directa en la protección y promoción de los derechos de los pueblos indígenas en México: i) el proyecto *Promoción y protección de los derechos humanos de los pueblos indígenas: componente México*,³² y ii) el proyecto *Implementación de las recomendaciones derivadas del Diagnóstico sobre la Situación de los Derechos Humanos en México*,³³ uno de cuyos componentes es el proyecto piloto sobre *Administración y*

²⁸ México presentó dicha resolución desde 2001 y hasta 2005. La misma apoya las actividades del Relator Especial en la materia y manifiesta interés por el seguimiento de las actividades que realizará durante los próximos años, tales como el estudio sobre reformas constitucionales legislativas y la implementación de leyes relacionadas con la protección de los derechos de los pueblos indígenas.

²⁹ Organismo asesor del Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas, con el mandato de examinar las cuestiones indígenas relacionadas al desarrollo económico y social, la cultura, la educación, la salud, el medio ambiente y los derechos humanos.

³⁰ Este Grupo examina los acontecimientos relativos a los derechos humanos y las libertades fundamentales de las poblaciones indígenas, en particular, presta atención especial a la evolución de las correspondientes normas.

³¹ El propósito de este Fondo es prestar asistencia financiera a los representantes de las comunidades indígenas que deseen participar en las deliberaciones de este Grupo de Trabajo.

³² Dicho proyecto tiene como objetivo atender las recomendaciones del Relator Especial de Naciones Unidas sobre la Situación de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales de los Indígenas, realizadas como producto de su visita a México en junio de 2003.

³³ Dicho proyecto tiene como objetivo promover el cumplimiento de las recomendaciones derivadas de dicho Diagnóstico mediante iniciativas que buscan la armonización del marco jurídico interno con el derecho internacional, la implementación de prácticas concretas y capacitación en las instituciones públicas y organizaciones de la sociedad civil.

procuración de justicia a indígenas en el Estado de Oaxaca, para la realización de actividades encaminadas a la mejora de la administración y procuración de justicia para los pueblos indígenas.

En esta tesitura, desde hace varios años, México ha realizado esfuerzos notables, y se ha ganado una posición de respeto y credibilidad en el ámbito internacional, para lograr la pronta adopción de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, como un instrumento que puede contribuir a la realización efectiva y a la protección de los derechos de todos los pueblos indígenas.

Cabe destacar que en 2005, al extender el mandato del Grupo de Trabajo encargado de elaborar la Declaración, la Comisión de Derechos Humanos aceptó el ofrecimiento del gobierno de México para llevar a cabo un taller internacional “en el que participarían representantes de los Estados, expertos indígenas, académicos de prestigio internacional, expertos independientes y organizaciones de la sociedad civil, [...] organizado y copatrocinado por el Gobierno de México, sobre las cuestiones relativas al proyecto de declaración con el objeto de fomentar el acercamiento de la posición de todos los interesados, e invita al Relator Especial sobre la Situación de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales de los Indígenas a que asista al taller”.

Para cumplir dicho compromiso, y con el objetivo central de llegar a posiciones de avenimiento fuera del rígido formato del Grupo de Trabajo que sesionaba en Ginebra, y en el cual privaba un ambiente de desconfianza y de falta de sinceridad entre la mayoría de los participantes, del 26 al 30 de septiembre de 2005 se llevó a cabo en Pátzcuaro, Michoacán, un Taller Internacional sobre el proyecto de Declaración. En él participaron el Relator Especial sobre la Situación de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales de los Indígenas, Dr. Rodolfo Stavenhagen; representantes de varios de los gobiernos que a la postre jugaron un papel clave en la negociación, como el Reino Unido, España, Dinamarca, Guatemala, Perú, y Noruega —también estuvieron presentes representantes de algunos países opositores tales como los Estados Unidos de América, Australia y Nueva Zelandia—; líderes indígenas de varias partes del mundo como Dalee Sambo de la Inuit Circumpolar Conference, Mattias Ahren del Consejo Saami, José Carlos Morales de Costa Rica, Héctor Huertas de Panamá, Azelene Kaingang de Brasil, Ratnaker Bhengra de la India, Hassan Id Balkassm de Marruecos, Devasish Roy de Bangladesh, Les Malezer de Australia; expertos académicos como la Sra. Erica Irene Daes, el profesor James Anaya de la Universidad de Arizona y Claire Charters, indígena maorí, de la Universidad de Wellington; organizaciones de la sociedad civil nacionales como el Centro de Derechos Humanos “Miguel Agustín Pro Juárez” y la Academia Mexicana de Derechos Humanos, e internacionales como Amnistía Internacional, IWGIA, Droits Humains et Démocratie y el Netherlands Center for Indigenous Rights; y representantes de organismos internacionales, como la OACNUDH.

Dicho evento, que tuvo un carácter netamente informal, opuesto al de las Naciones Unidas, como hemos dicho, dio lugar a una atmósfera de entendimiento que fue denominada el “espíritu de Pátzcuaro”, yendo incluso más allá de su objetivo de proporcionar un espacio de reflexión, explorando vías para acercar las posiciones respecto de los asuntos pendientes en torno a la Declaración, con miras a apoyar las labores del Grupo de Trabajo para su 11º y último periodo de sesiones.

Con este “espíritu de Pátzcuaro”, el Grupo de Trabajo logró, después de 10 años cumplir con su cometido. Principalmente, en el último periodo de sesiones del Grupo de Trabajo, la delegación de México fue una de las más activas, y contribuyó positivamente en la búsqueda de soluciones de consenso que acomodaran a todos los interesados. Sin embargo, fue ese “espíritu” de confianza, camaradería y sinceridad que se logró en Pátzcuaro, el que ayudó a todos los involucrados a comprometerse para obtener un texto de compromiso entendiendo las posiciones de unos y otros en la negociación. Cabe mencionar que en Pátzcuaro no sólo se generó un ambiente positivo de trabajo. También surgieron soluciones clave como el ya famoso artículo 18 bis, construcción del Reino Unido y Guatemala, el cual a la postre permitió que toda la Unión Europea diera su respaldo a la Declaración, al colocar los derechos individuales en el mismo nivel que los derechos colectivos, preocupación central de los países occidentales.

Tras la publicación del proyecto de Declaración propuesto por el Presidente-Relator del Grupo de Trabajo en febrero de 2006, México desplegó una importante campaña para promover su aprobación en el marco del primer periodo de sesiones del Consejo de Derechos Humanos. Dicha campaña incluyó un evento de promoción de la Declaración con el cuerpo diplomático acreditado en México,³⁴ y numerosas gestiones a través de las representaciones mexicanas en todo el mundo para instar a la aprobación de dicho texto. Esta campaña no fue casual ni mucho menos. Respondió a una campaña semejante realizada en capitales por los países opositores a la declaración que, como ya mencionados, han sido los Estados Unidos de América, Nueva Zelanda y Australia, y a los cuales se les unirían la Federación Rusa y Canadá.

México se comprometió ante la comunidad internacional a “promover la adopción inmediata de [...] la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas” como parte de las promesas y contribuciones que sustentaron la candidatura mexicana al Consejo de Derechos Humanos.³⁵ Durante el primer periodo de sesiones del Consejo

³⁴ Evento celebrado en la sede de la Secretaría de Relaciones Exteriores (SRE), Tlatelolco, México, D.F., el 2 de junio de 2006 con la participación de la Dra. María del Refugio González Domínguez, Subsecretaria para Asuntos Multilaterales y Derechos Humanos de la SRE.

³⁵ México participó activamente en las acciones que llevaron al establecimiento del Consejo de Derechos Humanos, y fue electo como uno de los 47 miembros fundacionales del

de Derechos Humanos, la aprobación de la Declaración fue posible, en gran medida, gracias a la participación de México y particularmente de la Ing. Xóchitl Gálvez, Directora General de la Comisión Nacional para el Desarrollo de los Pueblos Indígenas de México, quien impulsó y “cabildó” el proyecto con las diversas delegaciones. No se puede dejar de mencionar a actores clave en la negociación, como el Embajador Luis Alfonso de Alba, el Ministro Luis Javier Campuzano y la Consejera Elía Sosa, miembros de la delegación mexicana que participó en las negociaciones, así como del líder indígena mixe Adelfo Regino, cuya participación fue clave en el cónclave indígena para que se apoyara el ya citado artículo 18 bis en detrimento del “consenso emergente” que había resultado de una reunión en Montreal un par de semanas antes de Pátzcuaro.

El 12 de julio de 2006, el presidente Vicente Fox Quesada hizo entrega pública y formal de la Declaración, según fue aprobada por el Consejo de Derechos Humanos, a los pueblos indígenas de México. Dicho evento contó con la participación del Dr. Luis Ernesto Derbez, Secretario de Relaciones Exteriores (SRE), de la Ing. Xóchitl Galvez, Titular de la Comisión Nacional para el Desarrollo de los Pueblos Indígenas, y de diversos representantes indígenas.

Finalmente, del 4 al 6 de septiembre de 2006, México auspició una reunión para intercambiar ideas sobre la implementación de la Declaración, en la ciudad de Tulum, Quintana Roo. Ésta tuvo como finalidad congregarse a Estados y al cónclave indígena con miras a coordinar acciones y posiciones con respecto a la implementación de la Declaración en vista de su posible adopción durante el 61º periodo de sesiones de la Asamblea General de la ONU en Nueva York.

México tiene el firme interés de continuar impulsando este proceso hasta el final, acercándose a los países disidentes o alejados del proceso para lograr su apoyo en el marco de la Asamblea General de las Naciones Unidas.

II. Contenido e implicaciones de la Declaración

A. Análisis de los derechos contenidos en la Declaración

En términos generales, el proyecto de Declaración aprobado por el Consejo de Derechos Humanos reconoce la importancia de la diversidad cultural y los derechos humanos individuales y colectivos de los pueblos indígenas. El instrumento tiene por objeto central fomentar las “relaciones armoniosas y de cooperación entre el Estado y los pueblos indígenas,

Consejo por un periodo de 3 años, teniendo el honor de fungir como Presidente del primer periodo de sesiones del Consejo, en la persona del Embajador Luis Alfonso de Alba.

basadas en los principios de la justicia, la democracia, el respeto de los derechos humanos, la no discriminación y la buena fe”.³⁶

El proyecto reconoce expresamente el derecho de los pueblos indígenas a la libre determinación en materia política por lo que respecta a sus asuntos internos y locales, así como en materia de su desarrollo económico, social y cultural, “manteniendo a la vez sus derechos a participar plenamente, si así lo desean, en la vida política, económica, social y cultural del Estado”.³⁷

Entre sus disposiciones más relevantes, reconoce el derecho de los pueblos indígenas a participar en la adopción de decisiones en las cuestiones que afecten sus derechos, vidas y destinos, y requiere a los Estados celebrar consultas y cooperar de buena fe con los pueblos indígenas interesados para obtener su consentimiento previo, libre e informado antes de adoptar y aplicar medidas legislativas y administrativas que los afecten.

El instrumento reconoce también la relación espiritual de los pueblos indígenas con sus tierras, territorios y recursos naturales, así como su derecho a poseer, utilizar, desarrollar y controlarlas bajo sus propias leyes y sistemas de tenencia de la tierra. De conformidad con la Declaración, cualquier despojo, utilización u otro proyecto que afecte dichas tierras, territorios y recursos requerirá del consentimiento previo, libre e informado de los pueblos indígenas, y en caso contrario debe ir acompañado de una reparación. Asimismo, proscribire el desplazamiento forzado de los pueblos indígenas de sus tierras o territorios, y establece el requisito de obtener su consentimiento libre, previo e informado para cualquier traslado o indemnización que derive del mismo.

El proyecto contiene también importantes disposiciones que protegen las tradiciones y costumbres culturales, espirituales y religiosas de los pueblos indígenas, así como sus medicinas tradicionales y derechos laborales. Destaca la protección del derecho de los pueblos indígenas a impartir educación en su propio idioma y utilizarlo en las actuaciones políticas, jurídicas y administrativas, para lo cual el Estado debe asegurar servicios de interpretación u otros medios adecuados.

Entre los puntos más controvertidos de la Declaración, destacan los siguientes:

i) La definición del término “pueblos indígenas”:

Aunque al principio de este capítulo expusimos algunos elementos como un intento por explicar el término “pueblos indígenas”, no existe de hecho una definición jurídica del concepto que abarque todas las realidades.

El enfoque más generalizado es el propuesto en el Convenio 169 de la OIT y en el reporte del Sr. Martínez Cobo a la Subcomisión de la ONU para

³⁶ Cfr. Párrafo preambular 15 bis del proyecto de Declaración.

³⁷ Cfr. Artículo 4 del proyecto de Declaración.

la Prevención de las Discriminaciones y Protección de las Minorías (1986). Además, una definición sugerida por la Presidenta del Grupo de Trabajo de las Naciones Unidas para las Poblaciones Indígenas, Sra. Erica Irene Daes, es también ampliamente utilizada. Algunas legislaciones nacionales poseen definiciones de lo que es un “pueblo indígena”, a veces asimilado, incorrectamente, a “grupos étnicos”, pero se trata de adaptaciones locales que no siempre son adecuadas.

La definición delineada por la Presidenta del Grupo de Trabajo de las Naciones Unidas para las Poblaciones Indígenas, designa a los pueblos como indígenas en el sentido que:

- Descienden de grupos que ya estaban en el territorio del país en el momento del arribo de otros grupos con culturas u orígenes étnicos diferentes.
- Por su aislamiento de otros segmentos de la población del país han mantenido casi intactas las costumbres y tradiciones de sus ancestros, las cuales son similares a aquellas caracterizadas como indígenas.
- Están sometidos, aunque sea formalmente, a una estructura estatal que incorpora características nacionales, sociales y culturales ajenas a las suyas.

Según el reporte del Sr. Martínez Cobo a la Subcomisión (1986), comunidades, pueblos y naciones indígenas son aquellas que, poseyendo una continuidad histórica con las sociedades pre-invasoras y pre-coloniales que se desarrollaron en sus territorios, se consideran disímiles de otros sectores de las sociedades dominantes en aquellos territorios o parte de los mismos. Ellos componen actualmente sectores no dominantes de la sociedad y están determinados a conservar, desarrollar y transmitir a las generaciones futuras sus territorios ancestrales y su identidad étnica como base para su continuidad como pueblos en conformidad a sus propios patrones culturales, instituciones sociales y sistemas legales. Esta continuidad histórica puede consistir en la persistencia, durante un largo periodo de tiempo y hasta el presente, de uno o más de los siguientes factores:

1. Ocupación de territorios ancestrales o parte de ellos;
2. Linaje en común con los ocupantes originales de esos territorios;
3. Cultura en general o en manifestaciones específicas (como religión, sistema tribal de vida, afiliación a una comunidad indígena, indumentaria, modo de subsistencia, estilo de vida etc.);
4. Lenguaje (tanto si es utilizado como lenguaje único, lengua materna, medio habitual de comunicación en el hogar o la familia o empleado como lengua principal, preferida, habitual, general o normal);

5. Residencia en ciertas partes de su país o en ciertas regiones del mundo; y
6. Otros factores relevantes

Por su parte, el Convenio 169 establece que un pueblo puede ser considerado indígena si es descendiente de aquellos que habitaban el área antes de su colonización y si ha mantenido sus propias instituciones sociales, económicas, culturales y políticas desde la época de la colonización y el establecimiento de los nuevos Estados. Además, el Convenio expresa que la auto-identificación es crucial para los pueblos indígenas. Este criterio ha sido aplicado por ejemplo en los acuerdos sobre reclamo de territorios entre el gobierno canadiense y los inuit de los territorios del Noroeste.

Cabe mencionar que, en la Declaración, el Presidente-Relator del Grupo de Trabajo decidió eliminar el artículo 8 del texto original (Subcomisión) que definía los pueblos indígenas en términos de su auto-identificación: “los pueblos indígenas tienen el derecho colectivo e individual a mantener y desarrollar sus propias características e identidades, comprendido el derecho a identificarse a sí mismos como indígenas y a ser reconocidos como tales”. Esta decisión probablemente fue adoptada en virtud de que el párrafo no aportaba mucho al texto, y su eliminación era una medida política que permitiría sumar al consenso a los países asiáticos y africanos que, debe mencionarse, *stricto sensu* no reconocen pueblos indígenas, pues los procesos de colonización fueron diferentes a los de América y Oceanía.

La falta de definición del término “pueblos indígenas” en la Declaración es parte de la ambigüedad constructiva del texto, y no debe verse como algo necesariamente negativo; por el contrario, esto es algo que se debe determinar y resolver al interior de los Estados nacionales en cooperación con los pueblos indígenas.

ii) El alcance de la libre determinación de los pueblos indígenas:

Desde el inicio de las negociaciones, uno de los temas cruciales de la Declaración ha sido el de la libre determinación. De hecho, es el tema que ha generado escalofríos a más de un Estado por la supuesta implicación de la amenaza que supone a la integridad territorial de los Estados. Sin embargo, el derecho a la secesión de un pueblo no es algo que se aborde en la Declaración sobre los derechos de los pueblos indígenas; es decir, es un tema que se encuentra fuera de lugar.

El artículo 3 de la Declaración, que reza: “Los pueblos indígenas tienen derecho a la libre determinación. En virtud de ese derecho determinan libremente su condición política y persiguen libremente su desarrollo económico, social y cultural”, proviene del mismo lenguaje empleado en el artículo 1 de los Pactos Internacionales sobre Derechos Económicos

Sociales y Culturales, y Civiles y Políticos. Para resolver las inquietudes de los Estados, el Presidente-Relator convino en acercar el proyecto de artículo 31 del texto original y convertirlo en un artículo 3 bis (o 4 en la versión final): “Los pueblos indígenas, al ejercer su derecho de libre determinación, tienen derecho a la autonomía o el autogobierno en las cuestiones relacionadas con sus asuntos internos y locales, así como los medios para financiar sus funciones autónomas.” Ello, a efecto de contribuir a contextualizar la libre determinación contenida en el artículo 3 de la Declaración.

La discusión sobre este tema se vio favorecida por la adopción, por parte de los jefes de Estado y de gobierno, del documento final de la Cumbre Mundial 2005, en el marco de la Reunión Plenaria de Alto Nivel de la Asamblea General de Naciones Unidas. Dicho documento consolida el reconocimiento del término *pueblos indígenas*, y refrenda el compromiso con los *derechos humanos de los pueblos indígenas*. El párrafo 127 del documento final reafirma el compromiso de seguir avanzando en la promoción de los derechos humanos de los pueblos indígenas del mundo, en los planos local, nacional, regional e internacional, incluso mediante la consulta y la colaboración con ellos, y a presentar lo antes posible para su aprobación un proyecto final de Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas.

Es importante reiterar que el proyecto de Declaración no busca crear principios nuevos de derecho internacional, sino que retoma y afirma los ya existentes, que han sido reconocidos en la jurisprudencia internacional, en instrumentos internacionales y en el derecho internacional consuetudinario.

En general, existen dos grandes formas en que la libre determinación se ha implementado en el marco de Naciones Unidas. En primer lugar, la aplicación de este principio del derecho internacional a los territorios en fideicomiso y territorios no autónomos en el contexto de la descolonización (Capítulos XI, XII y XIII de la Carta de las Naciones Unidas), marco en el cual cobran importancia las resoluciones de la Asamblea General 1514 (xv) sobre “Declaración sobre la concesión de la independencia a los países y pueblos coloniales” y 2625 (xxv) sobre “Declaración sobre los principios de derecho internacional referentes a las relaciones de amistad y a la cooperación entre los Estados de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas”. En segundo lugar, como derecho humano fundamental y colectivo (artículo 1 de los Pactos Internacionales sobre Derechos Civiles y Políticos y sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales).

Se ha desarrollado un debate amplio sobre las implicaciones de este reconocimiento en relación con el artículo 1 común a ambos Pactos Internacionales de Derechos Humanos. En el intercambio de ideas, se ha señalado que este principio internacional describe los poderes del Estado con respecto a su población y que, históricamente, el término “pueblos”

ha sido interpretado para describir la totalidad de la población de un Estado. Sin embargo, es necesario evitar la discriminación en contra de otros grupos y, por ello, una relación directa entre el artículo 1 común a ambos Pactos y el artículo 3 de la Declaración sigue planteando algunas dificultades. Es importante evitar interpretaciones y lenguajes discriminatorios que limiten los derechos legítimos de los pueblos indígenas so pretexto de temores relativos a la integridad territorial de los Estados. En este contexto, con objeto de atender las preocupaciones legítimas, se señaló que no debería concebirse el derecho a la libre determinación establecido por el derecho internacional, en términos absolutos por lo que se refiere a los pueblos indígenas.

Así, y en el contexto de un complejo debate sobre el alcance del derecho a la libre determinación en el derecho internacional en general, la Declaración tiene como propósito simplemente afirmar el derecho a la libre determinación por parte de los pueblos indígenas en el marco de una coexistencia con los Estados, y no pretende abordar asuntos no resueltos del derecho internacional en un contexto más amplio.

El derecho a la libre determinación por parte de los pueblos indígenas debe verse en un contexto positivo, como base del diálogo, catalizador de la participación tardía en el proceso de construcción estatal y como base para la construcción de una nueva relación entre los pueblos indígenas y el Estado en términos de socios, lo que fomenta la paz, el desarrollo, la coexistencia y los valores comunes. Así lo establecen los párrafos preambulares de la Declaración, como vemos enseguida:

Reconociendo que los pueblos indígenas tienen el derecho de determinar libremente sus relaciones con los Estados en un espíritu de coexistencia, beneficio mutuo y pleno respeto,

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

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

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

Así, el reconocimiento del derecho a la libre determinación de los pueblos indígenas, en el marco de la Declaración, es un instrumento para prevenir la discriminación y la opresión de los pueblos indígenas y para propiciar soluciones tendientes a corregir las injusticias históricas y a construir una nueva relación entre el Estado y los pueblos indígenas en un contexto de asociación.

Por ello, las implicaciones inherentes de este reconocimiento no deberían ser interpretadas de manera limitada o discriminatoria en relación con los pueblos indígenas, no obstante las preocupaciones legítimas de los Estados. Se estima que estas preocupaciones estatales se encuentran debidamente resueltas a través del lenguaje positivo contenido en el preámbulo (antes citado), así como a través del último artículo de la Declaración, que contextualiza todas las disposiciones de dicho instrumento dentro del marco de la propia Carta de las Naciones Unidas.

iii) El concepto y alcance de los derechos colectivos de los pueblos indígenas:

Por lo que se refiere a los derechos colectivos, durante los debates en torno a la Declaración algunas delegaciones — incluido el Reino Unido — hicieron patente su dificultad de reconocer a los derechos colectivos como parte del sistema internacional de los derechos humanos, un sistema que, para dichas delegaciones, se comprende únicamente de derechos individuales.

Estas preocupaciones legítimas se expresaron en torno a los párrafos preambulares 15, 15 bis, y 18 bis. Según se mencionó con anterioridad, las delegaciones de Reino Unido y Guatemala alcanzaron una propuesta de consenso en el párrafo preambular 18 bis, lo cual, al tener como base el concepto de los derechos colectivos e individuales, permitió la adopción de un gran número de artículos que hacían referencia a estos derechos en el proceso de negociación.

Dicho párrafo quedó como sigue:

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

En este sentido, y debido a la naturaleza misma de los pueblos indígenas y de su identidad colectiva, la Declaración ciertamente introduce el concepto de derechos colectivos. No obstante, subraya la importancia de armonizar los derechos colectivos y los derechos individuales, ello en beneficio de los pueblos indígenas. En ese contexto, la importancia de proteger los derechos de las mujeres o los niños indígenas.

Ahora bien, queda claro que en la Declaración el reconocimiento de los derechos colectivos como un aporte cultural diferenciado establece un marco para la protección efectiva de los derechos individuales de los indígenas. La relación intrínseca y armónica entre derechos individuales y colectivos se nota en la relación con la tierra. Así la introducción de los derechos colectivos en la Declaración debe también verse como una búsqueda de expansión del marco existente de protección del sistema actual de los derechos humanos.

iv) Tierras, territorios y recursos naturales:

Según ha expresado Erica Irene Daes, Presidenta-Relatora del Grupo de Trabajo de las Naciones Unidas sobre Poblaciones Indígenas, en un estudio sobre los pueblos indígenas y su relación con la tierra, las “leyes” del “descubrimiento”, a “conquista” y la *terra nullius* han constituido las “doctrinas del despojo”.

En el siglo xv, concretamente, dos bulas papales crearon el marco para la dominación europea del nuevo mundo y de África. En la *bullá Romanus Pontifex*, concedida por el Papa Nicolás v al Rey Alfonso v de Portugal en 1452, se declaró la guerra contra todos los que no fueran cristianos en todo el mundo y, concretamente, se autorizó y promovió la conquista, la colonización y la explotación de naciones no cristianas y de sus territorios. En la *bullá Inter Caetera*, concedida por el Papa Alejandro vi en 1493 al Rey y la Reina de España a raíz del viaje de Cristóbal Colón a la isla que llamó La Española, quedó oficialmente establecido el dominio cristiano del nuevo mundo. En esta bula se autorizaba la subyugación de los habitantes autóctonos y de sus territorios, y todas las tierras recién descubiertas y por descubrir quedaban divididas en dos: España obtenía los derechos de conquista y dominio de una parte del planeta y Portugal, de la otra. Por el Tratado de Tordesillas (1494), suscrito después, se volvió a dividir el planeta, de tal manera que la mayoría de los brasileños hablan hoy portugués y no español, como en el resto de América Latina. Las bulas papales nunca han sido revocadas, pese a que los representantes indígenas han pedido al Vaticano que considere la posibilidad de hacerlo.

Estas “doctrinas del descubrimiento” crearon las bases tanto del “derecho de gentes” como del derecho internacional posterior. De este modo, se permitió a las naciones cristianas reclamar “tierras no ocupadas” (*terra nullius*) o tierras que pertenecían a “infielos” o “paganos”. En muchas partes del mundo, estos conceptos dieron lugar posteriormente a la situación en que se encuentran hoy muchos pueblos autóctonos: naciones dependientes o bajo tutela del Estado, cuya propiedad sobre sus tierras podría ser revocada, o “anulada”, por el gobierno en cualquier momento.

La Declaración atiende pues a este fenómeno histórico de despojo de las tierras de los indígenas como producto de las colonizaciones occidentales.

Los pueblos indígenas han logrado muchísimos adelantos al no cesar en sus reclamaciones de tierras, en particular en los de América y en Australia. Cabe mencionar concretamente Nunavut, el territorio más reciente y extenso del Canadá. Establecido el 1 de abril de 1999 como tierra natal de los inuit, que constituyen el 85% de su población, fue el resultado del proceso que comenzó a principios del decenio de 1970, cuando el Canadá decidió negociar asentamientos con los grupos indígenas que presentaron reclamaciones de tierras. El establecimiento del Nunavut representa una nueva etapa en la libre determinación indígena en Canadá.

En otras partes de América del Norte, los Estados Unidos también están empeñados en resolver muchas reclamaciones de tierras. Algunas naciones indígenas han logrado establecer cierto grado de soberanía. Varias de ellas han establecido casinos que se han convertido en industrias multimillonarias que proporcionan empleos necesarios en zonas deprimidas económicamente, y no sólo a los residentes de la reserva.

En un caso particularmente difícil, el Gobierno Federal interpuso litigio contra el estado de Nueva York por la adquisición y venta ilícitas de tierras pertenecientes a la nación oneida, tierras que ocupan ahora miles de propietarios inconformes de vivienda estadounidenses. Pese a que la nación oneida ha insistido todo el tiempo en que no tiene intención de apoderarse de tierras en posesión de otras personas ni de desalojar a nadie, los ánimos están muy caldeados. Se han llegado a proferir amenazas de muerte. Los cayugas, los senecas, los mohawks y los onondagas, todos haudenosaunee o miembros de la Confederación Iroquesa, junto con la nación oneida, han reclamado también propiedades en el estado de Nueva York. Dado que la población del estado de Nueva York es mucho más densa que en la mayoría de las demás zonas del «país indígena», probablemente esto sea difícil de resolver a satisfacción mutua de las partes.

Los temas tratados en la parte VI del proyecto de Declaración (artículos 25 al 30) se refieren a asuntos que han sido y son altamente significativos para los pueblos indígenas y constituyen el eje de sus reivindicaciones, de un modo estrechamente vinculado a la cuestión de la libre determinación.

Estos temas han producido a la vez, preocupación por parte de los gobiernos, en la medida que los entienden vinculados estrechamente con la integridad territorial del Estado, el orden o interés público, el equilibrio en el acceso a los mismos por parte de toda la población y el aprovechamiento de recursos estratégicos. A este respecto, los puntos principales del debate tienen que ver con:

- i) El alcance de la categoría de “territorios”, en relación con la integridad territorial del Estado y con la amplitud y diversidad de la demanda indígena.

- ii) El alcance y profundidad de la categoría “ocupación tradicional”, en relación con las posibilidades reales de restitución.
- iii) La cuestión de las consecuencias del reconocimiento de los derechos y de los procedimientos que hagan posible atenderlos y, al mismo tiempo, la necesidad de resolver adecuadamente los intereses de terceros y el interés público general, incluido el aprovechamiento de los recursos estratégicos que se hubieren establecido legítimamente en tales territorios.

Es evidente que la categoría “territorios”, tal como la demandan los indígenas y como se utiliza en el proyecto de Declaración, no se refiere ni compromete la integridad territorial del Estado. Existen antecedentes en el derecho internacional y abundantes argumentos de doctrina y práctica –Convenio 169, sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y otros– suficientemente claros a este respecto.

Asimismo, la combinación de términos utilizados en los artículos en cuestión –tierras, territorios, recursos naturales, aguas, costas, etc.– representa un esfuerzo importante para dar cuenta de la amplitud conceptual y de la diversidad de situaciones en que se encuentran los pueblos indígenas.

El uso de la expresión “que tradicionalmente han poseído u ocupado o utilizado” representa una alternativa adecuada para referirse a la base que dota de legitimidad a los reclamos de los pueblos indígenas, más allá e independientemente de la condición jurídica histórica o actual de tales situaciones. Sin embargo, queda la preocupación sobre la extensión real y sobre la profundidad histórica de esos territorios, para efectos de restitución. Esto es particularmente problemático frente a la posesión, ocupación o utilización, legítimas, que pudieran haberse establecido por parte de terceros de manera exclusiva o concurrente.

El artículo 25 de la Declaración da cuenta del alcance del derecho a mantener y fortalecer su propia relación espiritual, y el artículo 26 del derecho a poseer, desarrollar, controlar y utilizar tierras y territorios, sin reducirlos a una relación de propiedad. Las preocupaciones sobre los mismos se atienden con la obligación del Estado de establecer mecanismos o recursos para definir su alcance y resolver satisfactoriamente.

Puede interpretarse que las consecuencias jurídicas con respecto a la propiedad, posesión y control de las tierras, territorios y recursos no necesariamente aplicarían en este contexto, en tanto que el artículo 25 de la Declaración se concentra en proteger el derecho de los pueblos indígenas para mantener y fortalecer su relación espiritual con dichas tierras, territorios y recursos.

Un aspecto que cabe mencionar es la supervivencia de los pueblos indígenas a través de la reproducción de su cultura, así como de facilitar este derecho a los pueblos indígenas nómadas o transfronterizos en

relación con sus territorios. Para atender esta preocupación se debe leer el párrafo 1 del artículo 14 del Convenio 169. En este sentido, es necesario entender que el término “territorios” hace alusión al espacio material que permite la supervivencia de los pueblos indígenas como tales, a través de la reproducción de su cultura, y no significa de ninguna forma ni equivale al “territorio nacional” o al “Estado-Nación”. Esto debe disipar los temores de los Estados en torno a dicho término.

El artículo 26 se refiere, según hemos mencionado, a la relación material con la tierra. Con respecto a la importancia de incluir los recursos del subsuelo, así como a la necesidad de atender los casos en que el Estado reserva la propiedad sobre dicho recurso, vale la pena recordar el párrafo 2 del artículo 15 del Convenio 169.

En el artículo 27 las controversias son de orden técnico-jurídico. Con objeto de acercar posiciones se planteó la posibilidad de utilizar el término general de *remediar* en la Declaración. Al mismo tiempo, se mencionaron las siguientes formas subsecuentes de remedio, derivadas de la obligación de reparar íntegramente: la restitución, la compensación en especie y la indemnización. Al respecto, las mismas pueden ser aplicadas de forma única o combinada pero que deberán ser utilizadas en dicho orden subsecuente, sujeto a las limitaciones de posibilidad y de proporcionalidad que establece el derecho internacional al respecto.

v) Consentimiento previo, libre e informado:

Este derecho se establece de manera concreta en el segundo párrafo del artículo 30 de la Declaración, que a la letra señala:

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.

En relación con la tierra y sus recursos esencialmente, este derecho está en relación con algunos otros aspectos de la Declaración, como: los desplazamientos y traslados forzosos (Art. 10), la reparación, incluyendo la restitución, respecto de los bienes culturales, intelectuales, religiosos y espirituales (Art. 11), las consultas en las medidas legislativas (Art. 20), reparación y/o restitución de tierras (Art. 27), y la protección del medio ambiente.

El reconocimiento de este derecho es de gran alcance, pues por vez primera se reconoce la limitación de los Estados con respecto al ejercicio de la libre determinación de los pueblos indígenas, particularmente en

lo que se refiere a los grandes proyectos de desarrollo que, como sabemos por múltiples ejemplos, han sido catastróficos para los indígenas.

Algunos Estados ven con mucho temor el reconocimiento y el ejercicio de este derecho. En su explicación de voto en contra de la aprobación de la Declaración por el Consejo de Derechos Humanos, Canadá afirmó, por ejemplo, que reconocer este derecho era reconocerles a los pueblos indígenas el derecho a veto sobre las decisiones de los Estados. Alegar esto como explicación de un voto en contra de la Declaración parecería contradictorio, siendo que el propósito mismo de las negociaciones sobre la Declaración era dejar plasmados en un instrumento internacional derechos tan relevantes como éste para los pueblos indígenas.

B. Valor jurídico, implementación y seguimiento de la Declaración

Los temas relativos al valor jurídico, implementación y seguimiento de la fueron abordados en la *Reunión para la Implementación de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas* que tuvo lugar en Tulum, Quintana Roo, México, del 4 al 6 de septiembre de 2006. Ésta tuvo como propósito proporcionar un espacio para un intercambio informal de puntos de vista sobre las propuestas y acciones encaminadas a la implementación de la Declaración en el ámbito internacional y nacional, en vista de su aprobación por el Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, y en vísperas de su consideración por la Asamblea General de las Naciones Unidas.

En cuanto a la naturaleza jurídica de la Declaración, quedó de manifiesto que se trata, como ya se ha mencionado, de un instrumento de *soft law*, es decir, un instrumento internacional no vinculante, una declaración de principios que establece normas mínimas para los pueblos indígenas.³⁸ Si bien no es vinculante, parte de ella sí lo será, en la medida que servirá de herramienta para la interpretación de instrumentos vinculantes, y les dará significado, contribuyendo a su desarrollo progresivo; parte de ella refleja ya costumbre internacional; y puede contribuir a la creación de nuevas normas de derecho nacional e internacional.

El alcance de la implementación de la Declaración, por su parte, tiene varias aristas. En relación con la práctica de los Estados, la Declaración debe ser utilizada para acelerar el desarrollo de los estándares de protección respectivos en todos los países. Tiene además el poder de “re-conceptualizar” la conducta del Estado: los Estados deben ser informados o educados a través de la Declaración. Finalmente, provoca cambios y reformas en el derecho nacional.

³⁸ Véase, en este sentido, el proyecto de artículo 42 de la Declaración.

Asimismo, la Declaración influirá sobre otros instrumentos de derecho internacional, no únicamente aquéllos relacionados con derechos humanos. La Declaración aborda temas desarrollados en otros instrumentos internacionales, en materia de, *inter alia*, libre determinación, discriminación racial, derechos económicos, sociales y culturales, tierras y territorios, etc. En este sentido, la Declaración complementa o reafirma dichos instrumentos, brindando coherencia y cohesión al sistema del derecho internacional. Asimismo, la Declaración debe servir como herramienta para interpretar o re-interpretar algunas de las disposiciones contenidas en instrumentos internacionales de derechos humanos ya existentes, y deberá servir como base para la elaboración de nuevas normas de derecho internacional, insertando el tema indígena en nuevos textos.

En relación con los órganos de supervisión de los tratados y otros órganos y organismos internacionales, la Declaración influirá en las observaciones generales y recomendaciones de los órganos de tratados, al servir a éstos como instrumento para interpretar los tratados que supervisan —contribuyendo a la cohesión—. Los indígenas deberán analizar cómo integrarlo a los informes periódicos que presenten los Estados. Asimismo, la Declaración servirá a los mecanismos internacionales de protección de los derechos humanos —relatores especiales, expertos independientes, grupos de trabajo, etc.—, los cuales podrán hacer referencia a la Declaración o a sus interpretaciones. Asimismo, órganos judiciales internacionales tales como la Corte Internacional de Justicia podrán hacer referencia a la Declaración o a sus interpretaciones, o bien utilizarla para, a su vez, interpretar otros instrumentos internacionales.

En relación con su seguimiento, al no tener la Declaración un órgano propio, los casos indígenas seguramente serán analizados por el Consejo de Derechos Humanos, la OIT y los órganos de supervisión de tratados, y el Foro Permanente para las Cuestiones Indígenas y órganos regionales. El proyecto de artículo 41 de la Declaración establece que las Naciones Unidas, sus órganos —incluido el Foro Permanente—, organismos especializados y los Estados promoverán el respeto y plena aplicación de la Declaración, y velarán por su eficacia. En realidad debe analizarse de qué órganos y organismos se trata, cuándo y cómo. Finalmente, algunos párrafos preambulares aluden al papel de las Naciones Unidas en la promoción y protección de los derechos de los pueblos indígenas, así como a actividades en materia de derechos de los pueblos indígenas.

En el marco del estudio sobre su seguimiento, es importante destacar que, a partir de la Declaración los órganos y organismos deberán revisar sus programas de acción y las medidas específicas que contienen, particularmente el Programa de Acción del Segundo Decenio Internacional de los Pueblos Indígenas del Mundo.

Los organismos y agencias de desarrollo como el Banco Mundial (BM), el Banco Interamericano de Desarrollo (BID), el Fondo Monetario Internacional (FMI), entre otros, que cuentan con Directivas Operacionales

sobre su trabajo con los pueblos indígenas, tendrán que redefinir sus concepciones y ajustar sus políticas y programas a fin de que se acerquen a los principios y normas establecidos en la Declaración.

Los principales órganos responsables de seguir la Declaración, o donde ésta tendrá un impacto significativo son: (i) la Asamblea General de las Naciones Unidas; el Consejo de Derechos Humanos como principal responsable de la diseminación y divulgación y el desarrollo normativo; (ii) la OACNUDH y el Relator Especial sobre la Situación de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales de los Indígenas, a efecto de garantizar que no se produzca un vacío en relación con la Declaración en tanto no se concrete más la manera de actuar del Consejo de Derechos Humanos; (iii) el Fondo de Contribuciones Voluntarias sobre las Poblaciones Indígenas, para asegurar la participación de los pueblos indígenas en cualquier desarrollo ulterior en relación con la Declaración; (iv) el Grupo de Trabajo sobre las Poblaciones Indígenas (Subcomisión); (v) el Foro Permanente para las Cuestiones Indígenas (ECOSOC), que deberá analizar, en particular, la relación entre el desarrollo y los pueblos indígenas; (vi) los Órganos de Supervisión de Tratados, para interpretar los instrumentos que supervisan a la luz de la Declaración, y en consecuencia formular recomendaciones a los Estados en relación con los derechos de los pueblos indígenas; y (vii) el Consejo de Seguridad para utilizar la Declaración en su labor de velar por la paz y la seguridad internacionales cuando existan pueblos indígenas involucrados.

Conclusiones

La Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas constituye, sin duda, un instrumento de enorme importancia tanto para los pueblos indígenas como para los Estados, ya que ha sido negociada y aprobada a través de un proceso único en la ONU y refleja el mayor grado de consenso factible alcanzado por los Estados y los pueblos indígenas.

A veces es más fácil afirmar la existencia y la esencia de una entidad por su negación, por lo que no es, y este parece ser el caso de la Declaración.

Hay que reconocer que la Declaración no es perfecta y, evidentemente, tiene sus limitaciones. Ello es natural, siendo que es un texto derivado de un proceso de negociación internacional que intenta, a través de sus expresiones u omisiones, satisfacer las distintas preocupaciones involucradas. No obstante, es indispensable reconocer que dicho instrumento representa el valioso punto de partida de un nuevo proceso en el que se habrá de edificar una nueva relación entre los Estados y los pueblos indígenas.

La Declaración no es un instrumento que se orienta a crear conflictos, sino que trata de evitarlos en un marco de buena fe, cooperación y coexis-

tencia. No contiene amenazas a los Estados en términos de su integridad territorial, y para eso el artículo 46 es muy claro al respecto.

La Declaración no puede dejar de ser ambigua, y esto es una virtud más que un defecto. No consagra derechos preferentes, sino que reconoce derechos específicos orientados a proteger un grupo social vulnerable. No es un texto de consenso, pero esto no debe ser motivo de preocupación en el campo de los derechos humanos ya que cada vez es más difícil alcanzar la unanimidad en la materia. Ante esta situación, lo más importante era tomar una decisión de apoyo a los pueblos indígenas.

La Declaración será un gran aliento para los pueblos indígenas y mejorará la relación con los Estados nacionales. No es un documento vinculante, pero cada Estado tendrá que hacer lecturas internas y adecuaciones en sus legislaciones.

La Declaración es resultado de largas consultas formales e informales en las cuales se hicieron muchos compromisos para resolver distintas preocupaciones. Sin duda, su texto es el mejor compromiso que se pudo alcanzar de manera realista.

La Declaración servirá como un marco comprensivo y cabal para mejorar la relación con los pueblos indígenas. Ejemplo de ello son las disposiciones relativas a la libre determinación, que deben ser entendidas como una forma de impulsar la participación de los pueblos indígenas en una sociedad democrática, mientras que, a la par, deben ser ejercidas de conformidad con el derecho internacional.

La adopción de un instrumento internacional que describa de manera global los derechos humanos de los pueblos indígenas es un tema pendiente de la agenda internacional desde que comenzó la codificación del derecho internacional de los derechos humanos. La Declaración se trata, pues de un logro y un desarrollo histórico, y constituirá una excelente herramienta para los que trabajan a favor de la protección y promoción de los derechos humanos en el mundo entero.

