

Los pueblos indígenas ante el Derecho Internacional

María Teresa Ponte Iglesias

149

1. Consideraciones generales

Las transformaciones operadas en la sociedad internacional en las últimas décadas han propiciado que diversos grupos y entidades, distintas del sujeto por excelencia del ordenamiento jurídico internacional, reclamen el reconocimiento de una *cierta subjetividad internacional* al ser beneficiarios de determinados derechos otorgados por dicho ordenamiento. En particular, el Derecho Internacional tiene hoy en cuenta la existencia y ciertas manifestaciones en la sociedad internacional de pueblos no constituidos en Estados. De ahí se deriva que, como advierte Ruiloba Santana, no pueda desconocerse que «entre las normas [...] del Derecho Internacional existe una proporción suficientemente significativa que tiene por destinatarios a los pueblos [...]».¹

Desde esta óptica, los pueblos indígenas constituyen uno de los ejemplos más plausibles de esos grupos beneficiarios de normas internacionales que han aparecido como nuevos

¹ RUILOBA SANTANA, E. «Una nueva categoría en el panorama de la subjetividad internacional. El concepto de pueblo». En *Estudios de Derecho Internacional. Homenaje al Profesor Miaja de la Muela*. Tomo I. Madrid: Tecnos, 1979, p. 303.

e inesperados actores en la escena internacional. Asignar derechos, protección y garantías a los pueblos indígenas constituye una cuestión digna de ser protegida como patrimonio de toda la sociedad internacional. «Hablar de derechos de los pueblos indígenas no sería hablar de nacionalismo, sino de salvaguarda de determinados valores que afectan al enriquecimiento general de la humanidad. Valores próximos a lo que se ha venido a denominar como “cuarta generación de derechos”».²

Los pueblos indígenas, como integrantes de colectivos especialmente vulnerables, reclaman la protección de sus derechos específicos, dada su situación especial de debilidad e indefensión frente a los sectores sociales dominantes.³ Su protección, tanto por razones históricas como por principios morales y humanitarios, se configura como un compromiso de los Estados y de la comunidad internacional, en aras de la preservación y fortalecimiento de su herencia cultural en beneficio de la humanidad.

Existen razones de índole cuantitativa y cualitativa para preocuparse por los pueblos indígenas. Desde el punto de vista *cuantitativo* se estima que hay aproximadamente unos 300 millones de indígenas distribuidos por todo el mundo en más de 70 países. Llama la atención el hecho de que en algunos países latinoamericanos las comunidades indígenas representan más del 60% de su población.⁴

Cualitativamente, los pueblos indígenas sufren en silencio una destrucción física prácticamente ajena al resto del mundo. En las últimas décadas, estos pueblos han sido apartados de sus tierras, de sus tradiciones y de su modo de vida. Se les ha privado de sus recursos y se les ha forzado a encajar en sociedades en las que se sienten diferentes. Han sido víctimas, por una parte, de políticas nacionales asimiladoras e integracionistas, y, por otra, de políticas «etnocidas», tal como se las califica en distintos instrumentos internacionales, que los llevaron a la pérdida de su identidad como pueblos.⁵

² PALACIOS ROMEO, F. J. «El proceso normativo internacional sobre derechos de los pueblos indígenas. Evolución jurídica y proyección política». En *Nuevos escenarios y nuevos colectivos de los derechos humanos. Conmemoración del cincuenta aniversario de la Declaración Universal de los Derechos Humanos*. Zaragoza: Gobierno de Aragón, 1998, p. 107.

³ Como observa Carrillo Salcedo: «Muchas veces, en efecto determinados derechos quedan marginados, se les quita importancia y, en aras del llamado realismo político, se les olvida y relega. En este sentido, los derechos de los pueblos indígenas, por ejemplo, no han recibido un apoyo adecuado». CARRILLO SALCEDO, José Antonio. *Soberanía de los Estados y Derechos Humanos en Derecho Internacional Contemporáneo*. 2ª. ed. Madrid: Tecnos, 2001, pp. 23-24.

⁴ Concretamente, en América Latina es tal la heterogeneidad indígena que, a un mismo tiempo, coinciden grupos que están repensando la estructura de sus respectivos Estados nacionales con otros pueblos que existen sin organización política en los vastos espacios de la Amazonía. ARIAS, A. «Las poblaciones indígenas. Un viejo fantasma recorre América Latina». *Vanguardia, Dossier*, n.º 4, enero-marzo, 2003, p. 53.

⁵ En palabras de Stavenhagen, «Las raíces indígenas de América Latina fueron consideradas, durante mucho tiempo, como un lastre para las élites europeas y las políticas indigenistas asimilacionistas de los gobiernos indicaban claramente que las culturas indígenas no tenían

Por ello, los pueblos indígenas exigen hoy, con mayor fuerza, lo que históricamente les pertenece: su identidad, sus tierras, su patrimonio cultural y lingüístico, y, sobre todo, su autonomía para decidir su futuro. Aunque gozan, al menos formalmente, de todos los derechos humanos consagrados en los instrumentos internacionales y en las legislaciones internas, esta afirmación solo es parcialmente cierta en el plano de los principios, porque la realidad demuestra que ser indígena constituye un obstáculo para el goce efectivo de los derechos humanos y libertades fundamentales.

El que exista un marco normativo es un buen punto de partida para suponer que su materialización pueda hacerse efectiva. Sin embargo, a la par de un corpus jurídico se requiere un corpus político que establezca las condiciones sociales de esa materialización. El aparato estatal, sobre todo las instancias intermedias ligadas a intereses de los grupos de poder local o regional, a menudo pierden de vista esta normatividad, generando efectos negativos para los indígenas, de manera que el indio para poder disfrutar y ejercer muchos de sus derechos tiene prácticamente que renunciar a ser indígena.⁶

No parece, por tanto, extraño que los pueblos indígenas quieran ejercer colectivamente sus derechos, reivindicando, en particular, su derecho a la identidad como pueblos y a ejercer formas de autogobierno y administración propias. Por ello, en las dos últimas décadas y de manera especial en toda América Latina, se han venido produciendo intensas movilizaciones políticas indígenas que han devenido en la creación de numerosas organizaciones indígenas que han ido fortaleciendo, paulatinamente, su presencia en los distintos foros de debate internacionales de las Naciones Unidas, la Organización de Estados Americanos, la Comunidad Andina, el Tratado de Cooperación Amazónica y el Banco Mundial, entre otros, y también en la esfera interna de los Estados.⁷

151

futuro en el Estado-nación moderno. A pesar de haber recibido el derecho formal de ciudadanía en la mayoría de los países latinoamericanos, los pueblos indígenas han sido tratados frecuentemente como ciudadanos de segunda clase, cuando no se les denegaban simplemente estos derechos (en algunos países fueron tratados como menores de edad, tutelados por el Estado, discapacitados legalmente). La democracia representativa, la participación política institucional, la igualdad ante la ley, el debido proceso, el respeto de sus lenguas, culturas, religiones y tradiciones, así como la dignidad acordada por el resto de la sociedad nacional, no era para los indios». STAVENHAGEN, R. «Derechos indígenas y derechos culturales de los pueblos indígenas». En KLESING-REMPEL, U. y A. KNOOP (coords.). *Lo propio y lo ajeno. Interculturalidad y sociedad multicultural*. México: s/e, 1999, pp. 88-89.

⁶ RAMÍREZ CASILLA, M. «Perfil de los Derechos Humanos de los Indígenas en México durante 1992». En BARCELÓ, A.; M.^a A. PORTAL; y M. J. SÁNCHEZ (coords.). *Diversidad étnica y conflicto en América Latina. Organizaciones indígenas y políticas estatales*, vol. I. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 1995, p. 151.

⁷ En relación con estos movimientos indígenas véase STAVENHAGEN, R. «Las organizaciones indígenas: actores emergentes en América Latina». En VAN DE FLIERT, L. (ed.). *Guía para los Pueblos Indígenas*. México: Comisión Nacional de Derechos Humanos, 1997; GÓMEZ, A. «Movilización política indígena en América Latina. Los Tawahkas». En ALCÁNTARA, M. *Política en América Latina. I Congreso Latinoamericano de Ciencia Política*. Salamanca, 2002, pp. 249-267.

De ahí que compartamos con Andrés Sáenz de Santa María que

la aceptación de un estatuto para las comunidades locales, social y políticamente organizadas, puede ser susceptible, en la actualidad, de una lectura más avanzada en relación con otros sectores de nuestro ordenamiento, en el sentido de dotar al derecho internacional público de una mayor sensibilidad hacia la protección de los valores e intereses de los grupos humanos o colectividades no constituidos en Estados que, en la mayoría de los casos, han sido las víctimas de una sociedad internacional aristocrática. En esta vía, escuchar la voz cada vez más audible de las comunidades indígenas no es sino un acto de contrición y justicia.⁸

Pues bien, en este marco y sin pretender llevar a cabo un exhaustivo estudio de todas las cuestiones que suscita el tema en el ámbito del Derecho Internacional, vamos a analizar, en primer lugar, cómo el interés por el reconocimiento de la identidad y de los derechos de los pueblos indígenas ha ido cobrando fuerza en los distintos foros internacionales, universales y regionales, que, en diverso grado y con diferentes matices, se han venido ocupando de la problemática indígena; para, seguidamente, intentar determinar si los pueblos indígenas cuentan con un *estatuto jurídico propio* en el Derecho Internacional.

2. La acción internacional a favor de la cuestión indígena

2.1. Apertura del camino hacia la acción internacional

152

La raíz del problema del reconocimiento de la identidad y los derechos de los pueblos indígenas se enmarca en el *proceso de la conquista y colonización de América*. Durante este proceso, impulsado por las potencias europeas, españolas y portuguesas, así como basado en criterios eurocéntricos y discriminatorios, tanto por lo que se refería al estatuto de los individuos integrados en los colectivos indígenas como desde la perspectiva del estatuto del territorio en que los mismos se asentaban —con especial incidencia en los títulos de adquisición del territorio, en particular durante la conquista, y los desiguales «tratados indios»—, se consideró a los pueblos indígenas como «sociedades inferiores».⁹

La inhumana situación del indio —ya porque hubiera sido sometido a la esclavitud, ya porque estuviera reducido a condiciones similares— provocó la reacción de algunos re-

⁸ ANDRÉS SÁENZ DE SANTA MARÍA, M^a P. «El Estatuto Internacional de los Poderes Indígenas Locales». En *Hacia un Nuevo Orden Internacional y Europeo. Homenaje al Profesor M. Díez de Velasco*. Madrid: Tecnos, 1993, p. 77.

⁹ Para un análisis histórico de esta cuestión véase GROTE, R. «The Status and Rights of Indigenous Peoples in Latin America». *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht*, 59/2, 1999, pp. 498-507; JAMES ANAYA, S. «The rights of indigenous peoples and International Law in historical and contemporary perspective». En *1989 Harvard Indian Law Symposium*. Cambridge: Universidad de Arizona, 1990, pp. 191-226; SNOW, A. H. *The Question of Aborigines in the Law and Practice of Nations*. Northbrook, III: Metro Books, 1972; STAVENHAGEN, R. *Derecho Indígena y Derechos Humanos en América Latina*. México: Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 1988.

ligiosos, así como de juristas y teólogos que se harán cargo de esta situación, denunciando los abusos cometidos. Entre ellos, Antonio de Montesinos, Fray Bartolomé de Las Casas, Francisco de Victoria y sus contemporáneos se convirtieron en ardientes valedores de los derechos de los indios, contribuyendo así a la formulación de principios en defensa de estos y de su condición humana.

Los esfuerzos dialécticos para dulcificar la situación de los indios desembocaron en la adopción de las *Leyes Nuevas de Indias*, promulgadas en 1542 por el emperador Carlos V y completadas por Felipe II.¹⁰ Pero ni siquiera estas nuevas leyes pudieron frenar la acción de los encomenderos y agentes peninsulares en el Nuevo Mundo: los abusos se mantuvieron y los pueblos indígenas siguieron siendo diezmados.

Siglos más tarde, la historia de la colonización europea mostrará cómo continuaron conculcándose los derechos de los indios, considerándose a los pueblos indígenas como desprovistos de soberanía y a los territorios descubiertos y ocupados por tribus bárbaras como *res nullius*, con lo cual se otorgaba, sin más, a la ocupación colonial valor de justo título de dominio colonial. Bajo esta mentalidad general actuaron los colonizadores subsiguientes: franceses, ingleses y holandeses.

De esta manera, habrá que esperar a los albores del siglo XX para que la Comunidad Internacional y el Derecho Internacional manifiesten un renovado interés por el reconocimiento de la identidad y los derechos de los pueblos indígenas.

153

2.2. La acción internacional en el plano universal

Distintos foros internacionales, universales y regionales se ocuparán de la problemática indígena. Si bien el Pacto de la Sociedad de Naciones es el primer instrumento internacional en el que aparecen referencias expresas a las poblaciones indígenas;¹¹ no obstante, será en el seno de la Organización de Naciones Unidas en la que la cuestión indígena cobrará fuerza. El punto de partida, al margen de otros antecedentes, lo constituye la resolución 4 B (XXIII), adoptada por la Subcomisión de Prevención de Discriminaciones

¹⁰ En palabras de Uribe Vargas, estas Leyes Nuevas contienen «la primera Carta de Derechos de los Indios, en donde se exaltan valores que la democracia moderna ha hecho suyos y que forman parte de principios consustanciales a nuestra civilización». URIBE VARGAS, D. «Hispanoamérica y los postulados de Vitoria en vísperas del siglo XXI». En MANGAS MARTIN, A. (ed.). *La Escuela de Salamanca y el Derecho Internacional en América. Del Pasado al Futuro*. Salamanca. Asociación Española de Profesores de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales, 1993, p. 157.

¹¹ Su art. 23 establece que «Con la reserva y de conformidad con las disposiciones de los convenios internacionales existentes en la actualidad o que se celebren en lo sucesivo, los Miembros de la Sociedad:

b) Se comprometerán a asegurar un trato equitativo de las poblaciones indígenas en los territorios sometidos a su administración».

También el art. 22 del Pacto en sus apartados 5 y 6 contiene algunas referencias marginales a las poblaciones indígenas.

y Protección a las Minorías en 1970. En ella se recomienda llevar a cabo un estudio general del problema de la discriminación contra las poblaciones indígenas. En el marco de esta petición, el relator especial Martínez Cobo, tras diversos informes, presentaría en 1984 su informe final titulado «Estudio del problema de la discriminación contra las poblaciones indígenas».¹²

Ahora bien, este informe no agota toda la problemática que suscita la protección de los pueblos indígenas. Habida cuenta de ello, se acometían en el seno de la citada Subcomisión nuevos estudios, esta vez dedicados, respectivamente, al «estudio sobre los tratados celebrados entre los pueblos indígenas y los Estados», a la «protección del patrimonio de los pueblos indígenas» y a las «poblaciones indígenas y su relación con la tierra».

Si los estudios mencionados constituyen el sustrato material de la acción de la Organización de Naciones Unidas en relación con los pueblos indígenas, dicha acción ha sido posible gracias a la intervención de nuevas formas orgánicas, tales como el Grupo de Trabajo sobre Poblaciones Indígenas, establecido por el Consejo Económico y Social en 1982.¹³ En su seno se elaboró un proyecto de declaración sobre derechos de las poblaciones indígenas, cuyo texto sería aprobado el 26 de agosto de 1994 por resolución 1994/45 de la Subcomisión.¹⁴ Este se encuentra en la actualidad en fase de estudio en la Comisión de Derechos Humanos, la que creó un grupo de trabajo abierto sobre el proyecto de declaración para avanzar en la redacción definitiva de la Declaración.

¹² MARTÍNEZ COBO, J. R. *Estudio del problema de la discriminación contra las poblaciones indígenas*. Doc. E/CN.4/Sub.2/1986/7 y Add 1 a 4.

¹³ Resolución 1982/34, del 7 de mayo de 1982.

¹⁴ El texto del proyecto de declaración figura en el anexo de la citada resolución contenida en el *Informe de la Subcomisión de Prevención de Discriminaciones y Protección a las Minorías sobre su 46º período de sesiones* (Ginebra, 1.º a 26 de agosto de 1994), Doc. E/CN.4/Sub.2/RES/1994/45, de 26 de agosto de 1994.

En el título del citado proyecto de declaración, el término «pueblos» se sustituye por el de «poblaciones».

A juicio de Leon, «The Draft Declaration is a good step towards the protection and preservation of indigenous peoples, but there are still numerous areas that need to be more clearly specified and specific remedies and implementation procedures need to be outlined». LEON, T. «The Draft Declaration on the Rights of Indigenous Peoples: Three case studies». *Indigenous Rights*, 2000, p. 15.

Para una visión de los distintos puntos de vistas mantenidos en relación con este proyecto de declaración por las representaciones gubernamentales en el seno del Grupo de Trabajo sobre Poblaciones Indígenas, véase BARSH, R. L. «Indigenous Peoples and the UN Commission on Human Rights: A Case of the immovable object and the irresistible force». *Human Rights Quarterly*, vol. 18, nº. 2, 1996, pp. 782-813.

Un análisis del proyecto de declaración en CONCHA MALO, M. «Los Derechos de los Pueblos Indígenas en la Organización de las Naciones Unidas». En BARCELÓ, A.; M.ª A. PORTAL; y M. J. SÁNCHEZ (coords.). *Diversidad étnica y conflicto en América Latina. Organizaciones indígenas y políticas estatales*, vol. I. México : Universidad Nacional Autónoma de México, 1995, pp. 138-145.

Asimismo, cabe destacar la existencia de un Fondo de Contribuciones Voluntarias de las Naciones Unidas para las Poblaciones Indígenas, cuyo fin es prestar ayuda financiera a los representantes de las comunidades y organizaciones indígenas, con el objeto de que asistan a los períodos de sesiones del Grupo de Trabajo sobre Poblaciones Indígenas.

Dentro de esta labor de la ONU en pro del fomento y protección de los derechos de los pueblos indígenas, cobra especial significado el establecimiento del «Decenio Internacional de las Poblaciones Indígenas del Mundo» para el período 1995-2004; así como la creación de un foro permanente para poblaciones indígenas¹⁵ y la designación de un relator especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas.¹⁶

Pero la ONU no constituye el único foro en el que la cuestión indígena reviste un marcado interés. También otras organizaciones internacionales del Sistema de las Naciones Unidas han percibido la necesidad de proteger los derechos de los pueblos indígenas y de buscar soluciones a sus problemas; en particular, la Organización Internacional del Trabajo (OIT).

Prácticamente desde sus comienzos, la OIT ha venido ocupándose de la problemática indígena y de su tratamiento jurídico. En este sentido, los instrumentos de mayor trascendencia y de singular importancia son el Convenio 107, relativo a la protección e integración de las poblaciones indígenas y de otras poblaciones tribales o semitribales en los países independientes, del 26 de julio de 1957,¹⁷ y el Convenio 169 sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes, del 27 de junio de 1989.¹⁸

¹⁵ El Foro, establecido por resolución 2000/22, adoptado por el Consejo Económico y Social el 28 de julio de 2000, se configura como un órgano subsidiario asesor de dicho Consejo, con el mandato de examinar y debatir las cuestiones indígenas en el marco de las atribuciones del Consejo relativas al desarrollo económico y social, la cultura, el medio ambiente, la educación, la salud y los derechos humanos.

¹⁶ Fue creado por resolución de la Comisión de Derechos Humanos 2001/57, del 24 de abril de 2001, con el mandato principal de recibir e intercambiar información y comunicaciones de las comunidades, organizaciones y de los propios indígenas, sobre las violaciones de los derechos y libertades fundamentales en contra de estos pueblos; así como de formular recomendaciones y propuestas sobre tales violaciones.

¹⁷ Entrada en vigor: 2 de junio de 1959. Lo ratificaron 27 Estados: Angola, Argentina, Bangla Desh, Bélgica, Bolivia, Brasil, Colombia, Costa Rica, Cuba, Ecuador, Egipto, El Salvador, Ghana, Guinea-Bissau, Haití, India, Irak, Malawi, México, Pakistán, Panamá, Paraguay, Perú, Portugal, República Dominicana, República Árabe, Siria y Túnez.

De los 27 Estados parte en el Convenio, siete lo han denunciado: Bolivia, Colombia, Costa Rica, México, Paraguay, Perú y, recientemente, Argentina (3 de julio de 2000).

El Convenio 107 vendrá acompañado de la recomendación 104, adoptada en la misma fecha y bajo el mismo título.

Este Convenio ha sido revisado en 1989 por el Convenio 169. Solo se mantiene como fuente de obligaciones en relación con los Estados que no lo han denunciado y tampoco han ratificado el referido Convenio 169.

¹⁸ Su entrada en vigor tuvo lugar el 5 de septiembre de 1991. Hasta la fecha ha sido ratificado por un número muy reducido de Estados: Bolivia, Colombia, Costa Rica, Dinamarca, Ecuador, Fiji,

El Convenio 107 supondrá un primer paso en el camino a seguir para proteger los derechos de los pueblos indígenas. En su preámbulo se reconoce que

[...] en diversos países independientes existen poblaciones indígenas y otras poblaciones tribales y semitribales que no se hallan integradas todavía en la colectividad nacional y cuya situación social, económica o cultural les impide beneficiarse plenamente de los derechos y las oportunidades de que disfrutaban los otros elementos de la población.

Ahora bien, ni el Convenio 107 ni la recomendación 104 que le acompañaba resultaron ser muy eficaces en la efectiva protección y desarrollo de los derechos humanos y libertades fundamentales de los pueblos indígenas. Ambos instrumentos fueron objeto de constantes críticas por su marcado cariz paternalista e integracionista, y su tendencia hacia la asimilación cultural, hecho que provocó un fuerte rechazo, con la consiguiente adopción en 1989 del Convenio 169 sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes, que hasta la fecha constituye el único instrumento convencional de vocación universal en materia de protección de los derechos de los pueblos indígenas.¹⁹

En general, puede apreciarse cómo el Convenio 169 otorga a los pueblos indígenas un estatuto privilegiado que, como advierten algunos autores, de meros objetos pasan a ser sujetos de derecho.²⁰

2.3. La acción internacional en el plano regional

156

En el ámbito regional, centrándonos en el continente americano, cabe referirse, muy sumariamente, a la acción desplegada por la Organización de Estados Americanos, la

Guatemala, Honduras, México, Noruega, Países Bajos, Paraguay y Perú. Y, muy recientemente, lo han hecho Argentina (3 de julio de 2000), Brasil (25 de julio de 2002), Dominica (25 de junio de 2002) y Venezuela (22 de mayo de 2002).

Es notable la ausencia en esta lista de los países de Asia y Australia; de Nueva Zelanda; de los Estados Unidos de América y de Canadá, en donde existe un número importante de poblaciones indígenas.

¹⁹ «El Convenio 169 –como subraya Palacios Romeo– no es un simple instrumento de Derecho Internacional vinculado a cuestiones laborales. Por el contrario, supone un auténtico manifiesto pluridisciplinar y casi una Carta Universal de derechos sobre la cuestión indígena». PALACIOS ROMEO, F. J. Ob. cit., pp. 118-119.

En parecidos términos se pronuncian: BRONSTEIN, A. S. «Hacia el reconocimiento de la identidad y los derechos de los pueblos indígenas en América Latina: Síntesis de una evolución y temas para reflexión». En *Memoria II Seminario Internacional sobre Administración de Justicia y Pueblos Indígenas*. San José de Costa Rica: Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 1999, pp. 12-16; CHRISTAKIS, T. *Le droit à l'autodétermination en dehors des situations de décolonisation*. París : La Documentation française, 1999, p. 593.

²⁰ En este sentido, ROULAND, N. ; S. PIERRÉ-CAPS, y J. POUMARÈDE. *Droit des minorités et des peuples autochtones*. París: PUF, 1996, p. 409; BARSH, R. L. «Indigenous Peoples in the 1990s: From object to subject of international Law?». *Harvard Human Rights Journal*, vol. 7, 1995, pp. 33-86; BARSH, R. L. «Indigenous Peoples: An emerging object of international Law». *The American Journal of International Law*, vol. 80, n.º. 2, 1986, pp. 369-385; LERNER, N. *Group rights and discrimination in International Law*. Dordrecht/Boston/London: Martinus Nijhoff, 1991, p. 99.

Comunidad Andina y el Tratado de Cooperación Amazónica en defensa de los pueblos indígenas. En este sentido, en el marco de la Organización de Estados Americanos, destaca la labor de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, que desde su creación en 1959 ha venido promoviendo la protección de los derechos de los pueblos indígenas a través de sus visitas *in locu* e informes generales sobre países, dedicando capítulos específicos a la situación de los pueblos indígenas, realizando informes especiales o resolviendo peticiones individuales de personas o comunidades indígenas cuyos derechos humanos han sido violados.

Asimismo, a recomendación de la Asamblea General de la OEA, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos acometería la ardua tarea de preparar una declaración sobre los derechos de los pueblos indígenas. Dicho proceso iniciado en marzo de 1991 arroja como resultado un primer borrador de la Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas elaborado en 1995, cuya versión revisada fue aprobada por la Comisión Interamericana el 26 de febrero de 1997.

La Comunidad Andina de Naciones también se ha comprometido en la lucha por el reconocimiento de la identidad y los derechos de los pueblos indígenas. Recientemente, los presidentes de los países miembros de la Comunidad Andina, reunidos en Macchu Picchu los días 28 y 29 de abril de 2001, adoptaron la Declaración sobre la Democracia, los Derechos de los Pueblos Indígenas y la Lucha contra la Pobreza, en la que se muestran firmemente decididos a apoyar todos los esfuerzos encaminados a la promoción y protección de los derechos y libertades fundamentales de los pueblos indígenas, salvaguardando estos derechos dentro del orden público y en cumplimiento de las disposiciones constitucionales y legales vigentes.

157

Además, la Declaración dispone el establecimiento de una mesa de trabajo sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas en el marco institucional de la Comunidad Andina, encargando su creación al Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores.²¹

En el marco andino cabe destacar, de manera particular, la Carta Andina para la Promoción y Protección de los Derechos Humanos, de 26 de julio de 2002, cuya parte VII (arts. 32 a 41) se consagra a los pueblos indígenas. La Carta, a la par que reitera el compromiso de los Estados andinos de cumplir y hacer cumplir los derechos y obligaciones consagrados en los instrumentos internacionales —que tienen como finalidad promover y proteger los derechos de los pueblos indígenas, en particular el Convenio 169 de la OIT—, reconoce que estos pueblos, además de los derechos humanos que poseen sus miembros como ciudadanos a título individual, gozan como grupos humanos de raíz ancestral, de

²¹ La Mesa, creada mediante la decisión 524, adoptada en Lima el 7 de julio de 2002, se configura como una instancia de naturaleza consultiva en el marco del Sistema Andino de Integración, con el objetivo esencial de promover la participación activa de los pueblos indígenas en los asuntos vinculados con la integración subregional, en sus ámbitos económico, social, cultural y político.

derechos colectivos, cuyo ejercicio en común promueve su continuidad histórica, la preservación de la identidad y su desarrollo futuro.

En el plano regional sobresalen también algunas previsiones del Tratado de Cooperación Amazónica, suscrito en Brasilia el 3 de julio de 1978, cuyos arts. XIII y XIV tienen en cuenta la protección de las culturas indígenas y la conservación de las riquezas etnológicas y arqueológicas del área amazónica.

Al amparo del art. XXIV del Tratado, se ha constituido una comisión especial de asuntos indígenas con el fin esencial de promover, en el marco de las políticas indigenistas, el adecuado tratamiento de la problemática de las poblaciones indígenas amazónicas, impulsando el fortalecimiento de la identidad étnica y la conservación del patrimonio histórico cultural, especialmente de sus tierras y recursos.²²

Igualmente, es posible encontrar otras instituciones internacionales que despliegan una amplia actividad en el ámbito de la protección de los pueblos indígenas. Es el caso del Banco Interamericano de Desarrollo y del Fondo Indígena, creados por los jefes de Estado y de Gobierno reunidos en el marco de la Comunidad Iberoamericana de Naciones.

Será a partir de 1994, dentro del Acuerdo sobre el Octavo Aumento de los Recursos del Banco, cuando los pueblos indígenas constituyan uno de los grupos objeto de la asistencia del Banco Interamericano de Desarrollo (BID). En efecto, dispone el citado Acuerdo:

158

Los grupos indígenas, que comprenden un sector específico e importante de la población de la región, están dotados de un rico patrimonio cultural y lingüístico y han desarrollado prácticas económicas y sociales bien adaptadas a los frágiles ecosistemas que habitan [...] El Banco, reconociendo el importante papel que pueden desempeñar los grupos indígenas como contribuyentes y beneficiarios de los futuros esfuerzos de desarrollo que se realicen en la región [...] intensificará sus esfuerzos a fin de obtener financiamiento adicional para los programas que beneficien a los mencionados grupos al objeto de atender adecuadamente sus necesidades.²³

Para cumplir este cometido, el BID creó la Unidad de Pueblos Indígenas y Desarrollo Comunitario, con la misión de preparar las estrategias del Banco para el desarrollo indígena.

Por su parte, el Fondo Indígena tiene como objetivo principal establecer un mecanismo destinado a apoyar las iniciativas de desarrollo de los pueblos, comunidades y organiza-

²² Esta Comisión fue creada durante la III Reunión de Ministros de Relaciones Exteriores del TCA, celebrada en Quito los días 6 y 7 de marzo de 1989. Hasta el momento, la citada Comisión ha realizado cuatro reuniones ordinarias: una en Bogotá (octubre de 1989), otra en Quito (julio de 1993) y dos en Lima (abril de 1991 y mayo de 1995). Es lamentable que desde su último encuentro en 1995 no haya vuelto a reunirse.

²³ BANCO INTERAMERICANO DE DESARROLLO. *Informe sobre el octavo aumento general de los recursos del Banco Interamericano de Desarrollo*, Asamblea de Gobernadores, AB-1704, 8/94, p. 22.

ciones indígenas de América Latina y el Caribe, y proveer una instancia de diálogo para alcanzar la concertación en la formulación de políticas de desarrollo, operaciones de asistencia técnica, programas y proyectos de interés para los pueblos indígenas con la participación de los gobiernos de la región y los mismos pueblos indígenas.²⁴

Por consiguiente, la acción internacional en favor de la cuestión indígena viene a ilustrar cómo los colectivos indígenas tienen legítimas expectativas a beneficiarse de un régimen internacional de protección, orientado preferentemente a regular aquellos aspectos que son consustanciales con su historia, tradiciones, cultura, costumbres y formas de organización social.

3. Un estatuto internacional para los pueblos indígenas

3.1. El concepto de pueblos indígenas

Desde estos presupuestos pasamos a continuación a examinar si es posible definir un *estatuto jurídico propio* en Derecho Internacional para los pueblos indígenas, mediante la identificación de los grupos que van a beneficiarse de aquel y la categorización de aquellos derechos que por su naturaleza afectan específicamente a las comunidades y personas indígenas en cuanto tales. Para avanzar en este sentido, la primera cuestión básica a determinar es si existe un *concepto único y universalmente aceptado* de pueblos indígenas. Esta identificación conceptual es importante, a nuestro modo de ver, al objeto de categorizar sus derechos y su ámbito de aplicación, dotándoles así de un estatuto jurídico propio que mejore su protección.

159

La doctrina es casi unánime al señalar que es imposible hallar una definición jurídica comúnmente aceptada de lo que debe entenderse por pueblo indígena. Las diversas definiciones empleadas por los autores varían en función de la distinta denominación empleada («indio», «indígena», «poblaciones indígenas», «pueblos indígenas»). No obstante, cada una de ellas nos aporta una serie de *elementos* objetivos y subjetivos en virtud de los cuales es posible identificar y diferenciar al mismo tiempo a sus portadores del resto de la población. De este modo, la condición indígena vendrá determinada por los siguientes elementos: a) ser descendientes de los primeros habitantes de las tierras que

Hasta el presente, el Banco ha emprendido diversos programas destinados a resolver situaciones concretas de los pueblos indígenas. Destacan, entre otros, el Programa de Desarrollo de las Comunidades para Consolidar la Paz en Guatemala, las Operaciones de Cooperación Técnica en Perú, el Programa de Capacitación de Líderes en Guatemala y el Programa Piloto de Salud de los Indígenas. Asimismo, El BID ha financiado un proceso de consultas de indígenas y de expertos para apoyar el Proyecto de Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas.

²⁴ El Convenio constitutivo del Fondo para el Desarrollo de las Poblaciones Indígenas de América Latina y el Caribe fue adoptado en el marco de la Comunidad Iberoamericana de Naciones el 24 de julio de 1992, con ocasión de la cumbre celebrada en Madrid.

ocupan; b) su asentamiento en esas tierras de muy larga data; c) su vinculación ancestral con las tierras que ocupan; d) su conciencia de grupo con una lengua, una cultura, una religión y unas instituciones y organización propias y diferenciadas del resto de la población; e) su alta vulnerabilidad al progreso; y f) su autoidentificación y aceptación como indígena.

Por otra parte, desde la doctrina se ha defendido también que el derecho a definir qué y quién es indígena corresponde a los propios pueblos indígenas.²⁵ Ya el relator Martínez Cobo apuntaba en esta dirección cuando consideraba que

El derecho a definir qué y quién es indígena debe reconocerse a los mismos pueblos indígenas, en vez de pretender definirlos con arreglo a la percepción de otros, a través de valores de sociedades foráneas o de los sectores predominantes en ellas.²⁶

Desde el ángulo de la práctica del Derecho Internacional es posible encontrar diferentes instrumentos internacionales que nos brinden alguna definición.²⁷ Sin embargo, la definición más acabada se contiene en el Convenio 169 de la OIT sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes, que da un paso adelante al introducir en la definición el vocablo «pueblos». En consecuencia, el apdo. 1 b) del art. 1 del Convenio 169 considera como pueblos indígenas a los descendientes de las

[...] poblaciones que habitaban en el país o en una región geográfica a la que pertenece el país en la época de la conquista o la colonización o del establecimiento de las actuales fronteras estatales y que, cualquiera que sea su situación jurídica, conservan todas sus propias instituciones sociales, económicas, culturales y políticas o parte de ellas.

160

Además, el apdo. 2 del art. 1 del Convenio 169 subraya la importancia de «[...] la conciencia de la identidad indígena» como criterio fundamental para determinar el ámbito de aplicación del Convenio, de manera que la definición de lo indígena corresponde a los propios pueblos indígenas. El Estado debe guiarse en la calificación por lo que el colectivo indígena decide. La incorporación de este criterio, en opinión de Torrecuadrada García-Lozano, constituye, sin duda, «un avance importante porque supone la presencia de un rasgo subjetivo en la identificación de los miembros del grupo».²⁸

²⁵ PEÑA GUZMÁN, M. M. «Algunos aspectos de la cuestión indígena desde una perspectiva internacional». *Nueva Sociedad, Pueblos Indígenas y Democracia*, enero-febrero, 1998, p. 134; ROULAND, N. ; S. PIERRÉ-CAPS, y J. POUMARÈDE. Ob. cit., p. 434.

²⁶ MARTÍNEZ COBO, J.R. Ob. cit., Doc. E/CN.4/Sub.2/1986/7/Add.4, párrs. 21, 368 y 369.

²⁷ En este sentido, son ilustrativas las definiciones contenidas en la resolución XI, de 21 de diciembre de 1938, adoptada por la Unión Panamericana; el ya citado Convenio 107 relativo a la protección e integración de las poblaciones indígenas y de otras poblaciones tribales o semitribales en los países independientes; la directriz operativa 4.20 concerniente a los pueblos indígenas, adoptada por el Banco Mundial en 1991; o el Convenio constitutivo del Fondo para el Desarrollo de las Poblaciones Indígenas de América Latina y el Caribe de 1992.

²⁸ TORRECUADRADA GARCÍA-LOZANO, S. *Los pueblos indígenas en el orden internacional*. Madrid: Tirant Lo Blanch, 2001, p. 39.

Este concepto de la OIT servirá como modelo al Proyecto de Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, aprobado por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en 1997, cuyo art. I incluye el criterio subjetivo de la autoidentificación como determinante y la cláusula de salvaguardia en relación con el empleo del término «pueblo», señalando al efecto:

1. Esta Declaración se aplica a los pueblos indígenas, así como a los pueblos cuyas condiciones sociales, culturales y económicas los distinguen de otras secciones de la comunidad nacional y cuyo status jurídico es regulado en todo o en parte por sus propias costumbres o tradiciones o por regulaciones o leyes especiales.
2. La autoidentificación como indígena deberá considerarse como criterio fundamental para determinar los pueblos a los que se aplican las disposiciones de la presente Declaración.
3. La utilización del término «pueblos» en esta Declaración no deberá interpretarse en el sentido de que tenga implicación alguna en lo que atañe a otros derechos que puedan atribuirse a dicho término en el derecho internacional.

Tanto las definiciones barajadas por la doctrina como las contenidas en los distintos instrumentos internacionales apuntados retoman, en mayor o menor medida, algunos de los principales elementos que caracterizan la definición propuesta en su día por el relator especial Martínez Cobo, según la cual

161

Son comunidades, pueblos y naciones indígenas los que, teniendo una continuidad histórica con las sociedades anteriores a la invasión y precoloniales que se desarrollaron en sus territorios, se consideran distintos de otros sectores de las sociedades que ahora prevalecen en esos territorios o en parte de ellos. Constituyen ahora sectores no dominantes de la sociedad y tienen la determinación de preservar, desarrollar y transmitir a futuras generaciones sus territorios ancestrales y su identidad étnica como base de su existencia continuada como pueblo, de acuerdo con sus propios patrones culturales, sus instituciones sociales y sus sistemas legales.²⁹

Conjuntamente con esta definición, el relator especial nos ofrece otra de carácter restringido de lo que ha de entenderse por «indígena», indicando lo siguiente:

Se entiende por persona indígena a toda persona que pertenece a esas poblaciones indígenas por autoidentificación como tal indígena (conciencia de grupo) y es reconocida y aceptada por esas poblaciones como uno de sus miembros (aceptación como grupo).³⁰

A través de esta última definición se incorporan los elementos subjetivos (autoidentificación y aceptación) al objeto de preservar para esas comunidades el derecho y el poder soberano de decidir quién pertenece a ellas sin injerencia exterior.

²⁹ MARTÍNEZ COBO, J. R.. Ob. cit., párr. 379.

³⁰ *Ibidem*, párr. 381.

La definición elaborada por Martínez Cobo ha servido de guía, entre otras, para el Grupo de Trabajo sobre Poblaciones Indígenas en la redacción del Proyecto de Declaración sobre Derechos de las Poblaciones Indígenas de las Naciones Unidas. Sin embargo, es de lamentar que el Texto del Proyecto de Declaración, aprobado en 1994, no recoja ninguna definición, pese a ser este aspecto una de las primeras cuestiones objeto de debate en dicho foro.

No obstante, en 1995, el Grupo de Trabajo sobre las Poblaciones Indígenas adoptó cuatro principios que debían tenerse en cuenta en toda posible definición de pueblos indígenas: a) la prioridad en el tiempo, por lo que respecta a la ocupación y el uso de un determinado territorio; b) 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; c) la conciencia de la propia identidad, así como su reconocimiento por otro grupo o por las autoridades estatales, como una colectividad distinta; y d) una experiencia de sometimiento, marginación, desposeimiento, exclusión o discriminación, independientemente de que estas condiciones persistan o no.³¹

Estos esfuerzos, centrados en hallar un marco conceptual adecuado para los grupos indígenas en cuanto tales, ponen de manifiesto un tema clave: el de la aplicación a dichos grupos del concepto de pueblo a los efectos del Derecho Internacional y sus implicaciones en relación con el principio de libre determinación.

3.2. Su calificación como «pueblos» indígenas y el principio de libre determinación

En nuestra opinión es posible atribuir la categoría de *pueblo* a los grupos indígenas, al participar estos, en diverso grado, de los elementos —objetivo y subjetivo— que caracterizan el concepto de pueblo,³² esto es, el mantenimiento voluntario de un particularismo cultural que se traduce en una lengua, una religión, unas tradiciones y unas instituciones y organización propias y diferenciadas del resto de la población; su vinculación ancestral con las tierras que ocupan; y la autoidentificación y conciencia de grupo.

Ahora bien, la atribución de la categoría de «pueblo» a los colectivos indígenas se va a vincular directamente con el reconocimiento a los mismos de ciertos *derechos colecti-*

³¹ Doc. E/CN.4/Sub.2/AC.4/1996/2.

³² Como advierte Ruiloba Santana: «el concepto de pueblo no admite una definición cualitativa, estando integrado por un conjunto de variables de naturaleza objetiva y subjetiva que le dan una naturaleza elástica y flexible. Entre los *elementos objetivos*, sin pretensión de exhaustividad y sin que el orden de enumeración suponga jerarquía alguna entre ellos, podemos destacar los siguientes: territorio geográficamente diferenciado, unidad de raza, lengua y cultura común, tradiciones y costumbres comunes, pasado común, sentimiento de la patria y conciencia nacional. Al lado de ellos existe un *elemento subjetivo*: la voluntad colectiva o la conciencia de constituir un pueblo diferenciado o independiente. Este elemento subjetivo, no obstante ser necesario al concepto de pueblo, no es suficiente. Se requiere una base objetiva» RUILOBA SANTANA, E. Ob. cit., pp. 335 y 314-315.

vos imprescindibles para la realización de los derechos humanos individuales y del derecho más primario de todo pueblo: el de su *libre determinación*, siendo este último el que mayor polémica suscita, según se desprende de los debates que se vienen desarrollando en el seno del Grupo de Trabajo sobre Poblaciones Indígenas y ante la Subcomisión de Promoción y Protección de los Derechos Humanos.

En este sentido, contemplamos cómo se opera una ampliación del ámbito del derecho de libre determinación, que se despega del contexto colonial para referirse a todos los pueblos que viven en un Estado independiente y soberano. La *autodeterminación interna* se abre así camino junto a la autodeterminación externa.

La práctica internacional posterior a la Guerra Fría ha vuelto a hacer visible la faz oculta del derecho a la libre determinación, circunstancia que ha dado en denominarse la *dimensión interna* del principio, de manera que, como recuerda Andrés Sáenz de Santa María, en la actual etapa del ordenamiento internacional coexisten las dos dimensiones del principio de libre determinación. La primera, centrada en el derecho de los pueblos sometidos a dominación colonial, cuenta con unos perfiles claros y definidos a través de los textos de las Naciones Unidas y la práctica desarrollada por la Organización, que muestran cómo la independencia ha sido el modo habitual del ejercicio del derecho; por el contrario, la dimensión interna de la libre determinación de vocación universal en cuanto a su contenido y los titulares de su ejercicio, de indole democrática, está todavía difusa; se trata de una tendencia en formación que ofrece más posibilidades de desarrollo para el futuro.³³

163

Ciertamente, dentro de los desarrollos alcanzados por el principio de libre determinación en la práctica reciente cabe destacar una mayor flexibilización del mismo para incluir en él —siempre desde la perspectiva interna— a *grupos humanos intraestatales*. Inclusión que el profesor Mariño Menéndez justifica sobre la base de la interacción entre el principio de autodeterminación y el principio de respeto de los derechos humanos.³⁴

Desde esta perspectiva, la práctica internacional contemporánea brinda algunos elementos que abonan la tesis de la aproximación del derecho de las minorías y de los pueblos

³³ ANDRÉS SÁENZ DE SANTA MARÍA, M.^a P. «La libre determinación de los pueblos en la nueva sociedad internacional». *Cursos Euromediterráneos Bancaja de Derecho Internacional*, vol. I, 1997, p. 159. En la misma línea, MARIÑO MENÉNDEZ, F. «Desarrollos recientes en la protección internacional de los derechos de las minorías y sus miembros». En *La protección internacional de las minorías*. Madrid: Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 2001, p. 11; REMIRO BROTONS, A. *Derecho Internacional Público. I. Principios Fundamentales*. Madrid: Tecnos, 1982, pp. 111-112; ROLDÁN BARBERO, J. *Democracia y Derecho Internacional*. Madrid: Civitas, 1994, pp. 162-163.

³⁴ MARIÑO MENÉNDEZ, F. «Naciones Unidas y el Derecho de Autodeterminación». En MARIÑO MENÉNDEZ, (ed.). *Derechos Humanos. Balance y perspectivas de Naciones Unidas en el cincuentenario de su creación*. Madrid: Instituto de Estudios Internacionales y Europeos «Francisco de Vitoria», 1996, p. 87.

indígenas a la autodeterminación en su manifestación interna, sin que quepa admitir su proyección hacia la secesión.³⁵

Tanto las minorías nacionales como los pueblos indígenas se ven afectados por esta nueva situación. Los pueblos indígenas vienen reclamando con insistencia, en el seno del Grupo de Trabajo sobre Poblaciones Indígenas, su derecho inherente a la autodeterminación. Se trataría de un derecho a la libre determinación aunque con un alcance limitado a su vertiente interna. Como advierte Remiro Brotóns,

[...] no estamos ya en el ámbito de la descolonización y ningún representante de grupos indígenas ha reivindicado, al menos hasta ahora, un derecho de separación del Estado. Todo lo contrario, ha entendido que la libre determinación de los indígenas asume su vertiente interna, que se concreta en el *autogobierno* (con una doble expresión, territorial y personal) *dentro del Estado cuya integridad territorial ha de ser respetada*.³⁶

En igual sentido, Mariño Menéndez escribe que incluso, «la autodeterminación como autonomía interna está ya contemplada como un horizonte de legítimas reivindicaciones por parte de los pueblos indígenas, sobre la base del Derecho Internacional».³⁷

Ciertamente, la libre determinación como derecho de los pueblos indígenas está recogida tanto en el Proyecto de Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de las Poblaciones Indígenas como en el Proyecto de Declaración Interamericana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas.

164

Ambos proyectos de declaración reconocen a los pueblos indígenas el derecho a la autodeterminación, si bien en una forma matizada que se concreta en modelos abiertos de autogobierno, autogestión y participación amplia y especial en todas las decisiones del Estado que les conciernan en una u otra medida. Entendido fuera del contexto de la descolonización, su alcance y contenido asume una vertiente interna que se concreta en

³⁵ Para un análisis de la práctica véase ANDRÉS SÁENZ DE SANTA MARÍA. M.^a P. Ob. cit., p. 190-201.

³⁶ Véase el prólogo elaborado por el doctor Antonio Remiro Brotóns en: TORRECUADRADA GARCÍA-LOZANO, S. Ob. cit., p. 11. Refiriéndose a esta cuestión, Rojo señala que «a diferencia de otros pueblos que reivindican su derecho a constituirse como Estados, los pueblos indígenas han sostenido en diversos foros que la libre determinación que ellos están exigiendo no debería tener como horizonte la creación de un Estado; de hecho, los múltiples documentos que se están elaborando para tratar de delimitar los Derechos de los Pueblos Indígenas hacen referencia a la necesidad de renegociar las relaciones entre las naciones y los Estados, reclamando su existencia autónoma dentro de los Estados; las demandas indígenas se dirigen, en realidad, al reconocimiento y a la práctica de Estados pluriculturales y multiétnicos [...] La libre determinación no implica necesariamente la constitución de Estados como se ha dicho, sino una profundización de las distintas formas de autonomía dentro del Estado, incluso el reconocimiento a la diferencia, individual y colectiva». ROJO, S. «Los derechos humanos y los derechos de los pueblos indígenas». *Ágora-Revista de Ciencias Sociales*, n.º 2, 1999, p. 165.

³⁷ MARIÑO MENÉNDEZ, F. Ob. cit., pp. 25 y 41.

la autonomía dentro del Estado, cuya independencia e integridad territorial debe ser respetada. Se trata de un derecho de libre determinación que debe ser reconocido a los pueblos indígenas en pie de igualdad y sobre la base de la no discriminación, en virtud del cual estas colectividades buscan preservar y desarrollar su cultura e identidad territorial en el marco del ordenamiento político del Estado en que viven, y a participar y ser consultados en la adopción de las políticas nacionales que les afecten.

La autonomía, a juicio de la relatora especial Daes, ha de entenderse como «el derecho a ser distinto y seguir siendo libre para promover, preservar y proteger valores que exceden el ámbito de acción legítima del resto de la sociedad».³⁸

En nuestra opinión ha de tratarse, en todo caso, de una autonomía cuyo alcance y contenido sea determinado entre todas las partes interesadas, esto es, los pueblos indígenas y el Estado bajo la tutela del cual habitan estos pueblos.

A nivel interno, cabe destacar de manera especial cómo en América Latina, en los decenios de 1980 y 1990 se produjeron importantes reformas constitucionales y se adoptaron legislaciones especiales en relación con los derechos de los indígenas, en particular en Argentina, Bolivia, Brasil, Colombia, Ecuador, Guatemala, México, Nicaragua, Perú, Paraguay y Venezuela. Esas reformas legislativas abarcan numerosas cuestiones, como son los derechos a la propiedad de la tierra y el territorio; el derecho consuetudinario; el derecho al idioma, a la educación y a la cultura; y, en algunos casos, a la autonomía y al gobierno propio. De la misma forma, otros escenarios regionales como Europa, África, Asia u Oceanía también cuentan tanto a nivel constitucional como legislativo con disposiciones mediante las cuales se reconoce el hecho indígena y ciertos derechos de los pueblos indígenas, así como alguna forma de autonomía para estos pueblos.

Ahora bien, como señala Stavenhagen, de este examen no puede deducirse que exista, desde luego, «una sola fórmula (ni siquiera una definición única del concepto) sino modalidades diversas que pueden agruparse de alguna manera bajo el manto genérico de la autonomía».³⁹

³⁸ DAES, E. I. Nota explicativa acerca del proyecto de declaración sobre los derechos de los pueblos indígenas, doc. E/CN.4/Sub.2/1993/26/Add.1, 19 de julio de 1993, párr. 32. Al respecto véase DÍAZ POLANCO, H. *Autonomía regional. La autodeterminación de los Pueblos Indios*. México: Siglo XXI, 1991; HANNUM, H. *Autonomy, sovereignty and self-determination: The Accommodation of Conflicting Right*. Filadelfia: Universidad de Pensilvania, 1996.

³⁹ STAVENHAGEN, R. Ob. cit., p. 378. Ciertamente, como subrayan Pérez González y Pueyo Losa, «[...] la autonomía, en tanto que cualidad predicable de ciertos entes sociales, responde a un concepto polivalente y por ende relativo; a un concepto que, en tal sentido, no tiene tras de sí una definición unívoca en Derecho, lo cual no deja de repercutir en su valoración jurídica desde una perspectiva iusinternacionalista, dada esa propia polivalencia del concepto, operante, por otra parte, en el doble plano interno e internacional». En relación con el plano político interno, cabe configurar la autonomía como un concepto relativo que describe la extensión o el grado de independencia de una entidad particular en aquel plano y respeto de sus propios asuntos.

La práctica nos demuestra, sin embargo, que el reconocimiento de un derecho de autonomía para los pueblos indígenas, aun encontrando firme asentamiento en las legislaciones internas de muchos Estados, ha resultado muy poco operativo, dada no solo la escasa — y aun a veces incorrecta — traducción que del mismo se ha realizado en estas legislaciones sino, también, la falta de voluntad política en orden a procurar su ejercicio.

Por consiguiente, a la vista del análisis realizado hasta aquí, tanto desde la óptica internacional como interna, parece oportuno, en fin, advertir que, por la vía de la libre determinación en su vertiente interna (esto es, un modelo abierto de autogobierno, autogestión y participación amplia en todas las decisiones del Estado que les conciernen en una u otra medida), los pueblos indígenas buscan el reconocimiento de sus derechos como pueblo, derechos que se traducen en una serie de *derechos colectivos específicos* que juzgan indispensables para el pleno goce de todos los derechos individuales que les corresponden, derechos colectivos específicos que se asientan en la propia naturaleza de la sociedad indígena.

En efecto, los pueblos indígenas, al igual que el resto de la población, son titulares y tienen el derecho al disfrute pleno y efectivo de todos los derechos humanos individuales y libertades fundamentales que aparecen consagrados en el sistema internacional de defensa y protección de los derechos humanos, en particular en la Carta de las Naciones Unidas; la Declaración Universal de Derechos Humanos; ambos Pactos Internacionales de Derechos Civiles y Políticos y Derechos Económicos, Sociales y Culturales; y demás instrumentos relativos a los derechos humanos.

166

Ahora bien, aunque pudiera parecer que todos estos instrumentos brindan un soporte importante para asegurar la protección de los pueblos indígenas, resultan a todas luces insuficientes. Existen lagunas y zonas poco definidas a causa de las cuales la legislación actual ofrece insuficiente protección. No en vano afirma Torres Rivas que «los derechos de la población indígena no son *solamente* los derechos de la población en general. Reclaman otros, aunque de hecho tienen *menos*, porque los generales los disfrutaban poco».⁴⁰

No se trata de establecer un régimen excepcional de protección en el que se creen situaciones privilegiadas o diferenciadas que contradigan los derechos de los demás individuos sino de potenciar un marco normativo apropiado en el que se consoliden y desarrollen las normas existentes, superando la cierta fragilidad y dispersión de los instrumentos existentes, de cara, por lo demás, no solo a lograr una mayor eficacia sino, también, a

PÉREZ GONZÁLEZ, M. y J. PUEYO LOSA. «Las Comunidades Autónomas ante el orden internacional». En *Constitución, Comunidades Autónomas y Derecho Internacional*. (VI Jornadas Profesores de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales, Santiago de Compostela, 1-4 de junio de 1981). Santiago de Compostela: Asociación de Profesores de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales, 1982, pp. 15 y 18-19.

⁴⁰ TORRES RIVAS, E. «Consideraciones sobre la condición indígena en América Latina y los derechos humanos». En *Estudios Básicos de Derechos Humanos*. Tomo V, 1ª ed., 1996, p. 398.

procurar la proclamación de unos derechos que afectan específicamente a las comunidades y personas indígenas en cuanto tales.

Así lo han entendido tanto el Convenio 169 de la OIT relativo a los pueblos indígenas y tribales en países independientes como los Proyectos de Declaración de las Naciones Unidas y de la Organización de Estados Americanos sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, que han acogido los derechos colectivos de estos pueblos. También dichos derechos han sido evocados ya directa o tácitamente por los textos constitucionales de numerosos Estados.

La diversidad y el número de pueblos indígenas diseminados por todo el mundo —y muy particularmente por el continente americano— podría hacer pensar que estos derechos colectivos específicos difieren de un pueblo a otro, supuesto que de darse dificultaría, sin duda, su presentación temática; sin embargo, es posible encontrar un *núcleo de derechos fundamentales colectivos* de estos pueblos, articulado en torno a tres pilares fundamentales: el derecho a la tierra, al territorio y a los recursos; el derecho a su patrimonio cultural e intelectual; y el derecho al desarrollo.

4. La cuestión indígena en el Derecho interno peruano

La Constitución Peruana de 1993 no solo reconoce y protege la pluralidad étnica y cultural de la nación, sino que, además, en su art. 89 consagra la existencia legal de las comunidades campesinas y nativas, considerándolas personas jurídicas. «Son autónomas en su organización, en el trabajo comunal y en el uso y la libre disposición de sus tierras, así como en lo económico y administrativo, dentro del marco que la ley establece. La propiedad de sus tierras es imprescriptible, salvo en el caso de abandono previsto en el artículo anterior. El Estado respeta la identidad cultural de las comunidades campesinas y nativas»,⁴¹ fomentando, además, «la educación bilingüe e intercultural, según las características de cada zona, y preservando las diversas manifestaciones culturales y lingüísticas del país. Son idiomas oficiales el castellano y, en las zonas donde predominen, también lo son el quechua, el aimará y las demás lenguas aborígenes, según la ley».⁴²

167

⁴¹ Esta disposición se completa con la ley 24656, de 13 de abril de 1987, Ley General de Comunidades Campesinas; el decreto ley 22175, de 9 de Mayo de 1978, Ley de Comunidades Nativas y de Desarrollo Agrario de las Regiones de Selva y Ceja de Selva (arts. 19, 24 y 95); la ley 27703, de 30 diciembre de 1998, Ley de Promoción de la Inversión en la Amazonía (art. 4 c) y la ley 26505, de 17 de julio de 1995, Ley de la Inversión Privada en el Desarrollo de las Actividades Económicas en las Tierras del Territorio Nacional y de las Comunidades Campesinas y Nativas (art. 13).

⁴² Arts. 17 y 48 respectivamente de la Constitución. Por su parte, el art. 149, relativo al ejercicio de la función jurisdiccional por las comunidades campesinas y nativas, establece lo siguiente: «Las autoridades de las Comunidades Campesinas y Nativas, con el apoyo de las Rondas Campesinas, pueden ejercer las funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial de conformidad con el derecho consuetudinario, siempre que no violen los derechos fundamentales de la

No obstante, teniendo en cuenta que el sistema normativo actual es insuficiente para asegurar una adecuada y efectiva protección de los derechos de los pueblos indígenas, se ha juzgado indispensable proceder a una modificación constitucional. Concretamente, el 13 de marzo de 2002, la Comisión Nacional de Pueblos Andinos y Amazónicos y los presidentes de la Comisión de Constitución, Reglamento y Acusaciones Constitucionales, así como del Congreso de la República del Perú, presentaron las denominadas *Bases de una propuesta de los pueblos andinos y amazónicos* para una reforma constitucional que, teniendo en cuenta la personalidad histórica del Perú, afiance los derechos individuales de los indígenas y afirme y proteja los derechos colectivos que les corresponden como pueblos, comunidades y poblaciones históricas.

Hasta el presente, la legislación peruana se ha mostrado muy restrictiva a la hora de regular determinados derechos colectivos de los pueblos indígenas, en particular el derecho a la tierra, al territorio y a los recursos.⁴³ Por este motivo, el nuevo gobierno del presidente Toledo pretenda devolver la voz y la palabra a esas comunidades y a esos pueblos, dotándolos de derechos modernos que sobrepasen los tradicionales límites del «derecho agrario». La reforma constitucional que se propone considera a los pueblos indígenas como parte integrante y fundamental de la nación peruana. Asume que los pueblos indígenas son piezas fundamentales en el entramado de toda la moderna nación peruana y, en consecuencia, detentan derechos de autonomía interna configurados por su insoluble pertenencia al Perú.

persona. La ley establece las formas de coordinación de dicha jurisdicción especial con los Juzgados de Paz y con las demás instancias del Poder Judicial».

Véase también la resolución ministerial 121-85-ED, de 18 de noviembre de 1985 (arts. 1 a 3); la ley 23384, del 18 de Mayo de 1982, Ley General de la Educación (art. 4 d), 40 Párr. 2); la ley 27037 de 30 de diciembre de 1998, Ley de Promoción de la Inversión en la Amazonía (art. 5.2); la ley 26839, julio de 1997, Ley sobre la Conservación y Aprovechamiento Sostenible de la Diversidad Biológica (arts. 23 y 24); el Código Penal (arts. 226 y 228); y la ley 26834 de julio de 1997, Ley de Áreas Naturales protegidas (art. 22 c).

⁴³ En este sentido, véase los arts. 27, 88 y 89 de la Constitución; el decreto ley 21147 de 13 de mayo de 1975, Ley Forestal y de Fauna Silvestre (arts. 30, 42, 55 y 66); el decreto ley 22175, de 9 de mayo de 1978, Ley de Comunidades Nativas y de Desarrollo Agrario de las Regiones de Selva y Ceja de Selva (arts. 10, 11, 13, 18, 26, 27, 28, y 83); la ley 24656, de 13 de abril de 1987, Ley General de las Comunidades Campesinas (art. 2); el decreto legislativo 613, de 7 de septiembre de 1990, que promulga el Código del Medio Ambiente y los Recursos Naturales (arts. 29 y 54); el decreto legislativo 653, de 1 de julio de 1991, que aprueba la Ley de promoción de las Inversiones en el Sector Agrario (art. 64); la ley 26505, de 18 de julio de 1995, Ley de la Inversión Privada en el desarrollo de las actividades económicas en las tierras del territorio nacional y de las comunidades campesinas y nativas (arts. 10 y 11); la ley 26834, de julio de 1997, Ley de Áreas Naturales protegidas (arts. 21 y 31); la ley 26821, de 10 de junio de 1997, Ley Orgánica para el Aprovechamiento Sostenible de los Recursos Naturales (arts. 17 y 18); el decreto supremo 011-97-AG, del 12 de junio de 1997, que aprueba el reglamento de la ley 26505 referida a la inversión privada en el desarrollo de actividades económicas en tierras del territorio nacional y de las comunidades campesinas y nativas (art. 24).

El objetivo de esta reforma constitucional es ayudar al fortalecimiento de los actuales derechos comunales y al reconocimiento de las consecuencias constitucionales de la condición de existencia de pueblos indígenas en el país, contribuyendo así al sustantivo avance de la democracia y descentralización efectivas.

A tal fin, la propuesta de reforma apunta a la introducción en la Constitución peruana de un capítulo titulado «De los Derechos de los Pueblos Andinos, Amazónicos y Poblaciones Afroperuanas». En relación con los pueblos indígenas se establece lo siguiente:

- Los pueblos indígenas son pueblos originarios que tienen derechos anteriores a la formación del Estado, mantienen una cultura propia y un espacio territorial, y se autoreconocen como tales.
- Las comunidades indígenas constituyen formas de organización social que adoptan los pueblos indígenas. Son organizaciones de interés público, con existencia legal, personería jurídica, autonomía de gobierno y administración de sus territorios.
- La denominación «indígenas» comprende y puede emplearse como sinónimo de «originarios», «tradicionales», «étnicos», «ancestrales», «nativos» u otros vocablos.
- El Estado peruano reconoce los derechos humanos de los indígenas y garantiza el pleno ejercicio de los derechos colectivos de los pueblos indígenas.
- En relación con las tierras, el territorio y los recursos se reconoce la propiedad de los territorios que ocupan y de los recursos naturales tradicionalmente utilizados en sus actividades, en armonía con su preservación y adecuado uso; la autonomía en el control, uso racional y administración de los recursos naturales existentes al interior de los mismos. Además, se dispone que el territorio y las tierras de los pueblos indígenas sean inalienables, imprescriptibles e inembargables. Los recursos mineros y los hidrocarburos en tierras y territorios indígenas podrán ser explotados previa consulta y acuerdo entre ellos, las empresas y el Estado, garantizándose la participación en los beneficios, la integridad económica, cultural, moral y física de los pueblos afectados.
- El Estado reconoce y garantiza el derecho y facultad para decidir sobre sus conocimientos colectivos; y establecer derechos de propiedad intelectual sobre ellos, su cultura e idioma, conocimientos de medicina y salud, valores genéticos, recursos biológicos y patentes, control de los beneficios de comercialización, industrialización y puesta en el mercado. Respecto de la cultura se establece la identidad propia, espiritualidad y control de su patrimonio cultural.
- Se reafirma el derecho a la educación indígena bilingüe; por lo demás, ya consagrado en la Constitución actual. Son idiomas oficiales el castellano, el quechua, el aymará y demás idiomas ancestrales. El sistema educativo nacional es intercultural. El Estado, en cada instituto, universidad o centro de instrucción militar, asegurará el ingreso y sostenimiento de hasta un 10% de su capacidad de vacantes para los pueblos indígenas. Asimismo, establecerá un programa de becas.

- Asimismo, se reconoce a los pueblos indígenas el derecho al desarrollo económico sostenible, compatible con sus prácticas tradicionales, sus valores, instituciones y definición de prioridades.
- En cuanto a la autonomía, se consagra el derecho de los pueblos indígenas a la definición y ejercicio de sus propias instituciones de gobierno interno, a la jurisdicción y a la participación política en los organismos del Estado y a la consulta previa a cualquier acto legal o administrativo que los afecte en concordancia con la legislación nacional.
- También los pueblos indígenas tienen derecho a crear municipalidades indígenas en los territorios que habitan, cuando lo soliciten justificadamente y en forma asociada.
- En lo atinente a la administración de justicia, las autoridades de los pueblos y comunidades indígenas, con el apoyo de sus propias instituciones, ejercen las funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial, de conformidad con el derecho consuetudinario y en armonía con los derechos fundamentales de la persona.
- Por último, entre otros derechos, se establece el derecho de los pueblos indígenas a presentar iniciativas de ley, en las materias que les conciernen a través de sus organizaciones representativas.

Como podemos apreciar, esta propuesta de reforma constitucional apunta a que el Estado peruano asuma una serie de obligaciones jurídicas para con sus pueblos indígenas, tendientes a facilitarles el dominio sobre sus territorios y los recursos naturales que en él se encuentran, la forma de desarrollo que desean y el modo de organización política que prefieran.

5. Conclusiones

Finalmente y a la vista de lo analizado hasta aquí, debemos enfatizar que el reconocimiento de la identidad y los derechos de los pueblos indígenas, tanto a nivel internacional como interno, se nos revela como una realidad cada vez más firme, aunque sin desconocer que se exige un mayor compromiso de cara a lograr su efectivo cumplimiento. Desde una afirmación como esta, creemos que, conforme a las reflexiones vertidas a lo largo de este trabajo, se pueden sintetizar las siguientes conclusiones:

1. En primer lugar, hemos tratado de resaltar cómo las aportaciones realizadas por los juristas y teólogos de la Escuela Española de Derecho Natural, de cara a procurar la formulación de principios en defensa de los indios, constituyen un primer paso en la apertura del camino a la *acción internacional* en favor de la cuestión indígena que, iniciada a principios del siglo XX, aboga por el reconocimiento y protección de los derechos de los pueblos indígenas como integrantes de colectivos especialmente vulnerables.
2. Por esta vía, los pueblos indígenas vienen reivindicando un régimen internacional de protección, orientado preferentemente a regular aquellos aspectos que son consustanciales con su historia, tradiciones, cultura, costumbres y formas de organización

social. No se trata de establecer un régimen excepcional en el que se creen situaciones privilegiadas o diferenciadas que contradigan los derechos de los demás individuos sino de potenciar un marco normativo apropiado en el que se consoliden y desarrollen las normas existentes, superando la cierta fragilidad y dispersión de los instrumentos internacionales existentes; de cara, por lo demás, no solo a lograr una mayor eficacia sino, también, a procurar la proclamación de unos derechos que afectan específicamente a las comunidades y personas indígenas en cuanto tales.

3. Es posible constatar una tendencia hacia el reconocimiento de los colectivos indígenas a su derecho a ser considerados como *pueblos*, al participar estos, en diverso grado, de los elementos —objetivo y subjetivo— propios de esta categoría. De esta manera, y en la línea de las reflexiones realizadas por ciertos círculos doctrinales, y a la vista de la práctica estatal —por vía de las legislaciones internas— e internacional, sería posible llegar a sostener una *cierta capacidad jurídica* de los pueblos indígenas al ser beneficiarios de los derechos otorgados por el ordenamiento jurídico internacional.
4. Su categorización como pueblo ha de permitir, como ya se indicó, el pleno y efectivo ejercicio de su *derecho inherente a la autodeterminación*, aunque con un alcance limitado a su vertiente interna, que se traduce en la autonomía o en el autogobierno dentro del Estado, cuya independencia e integridad territorial debe ser respetada.
5. Desde el Derecho Internacional trasciende, por consiguiente, un progresivo reconocimiento de la identidad y los derechos de los pueblos indígenas. En este sentido, la adopción de instrumentos internacionales de alcance universal y regional —como el Convenio 169 sobre pueblos indígenas y tribales de países independientes, la Declaración de las Naciones Unidas sobre las Poblaciones Indígenas y la Declaración Interamericana— se puede considerar como un buen punto de partida en orden al establecimiento de una regulación específica para el reconocimiento y protección de la identidad y de los derechos de los pueblos indígenas, sin perder de vista que algunos de estos textos incorporan numerosas normas que ya forman parte del derecho existente y son jurídicamente vinculantes, aunque otras normas y principios por su carácter novedoso solo pueden considerarse, de momento, como pertenecientes al *soft law*.

En todo caso, hay que reconocer que los Estados que cuentan entre su población con pueblos indígenas son los encargados de hacer efectivos los derechos de estos pueblos y protegerlos como una manifestación de su derecho de autodeterminación interna, tal como se aprecia en diversas legislaciones nacionales, por lo que es su deber dar pleno efecto a las disposiciones contenidas en dichos instrumentos.

Por todo ello, creemos que es posible advertir que en la Comunidad Internacional y en el Derecho Internacional se observa una creciente atención hacia la protección de los derechos de los pueblos indígenas; cobra fuerza, así, la convicción sobre la necesidad

de avanzar en la consolidación y formación de normas de Derecho Internacional general y convencional sobre protección del derecho de los pueblos indígenas a su identidad y existencia.

6. La consagración, en suma, de los Proyectos de Declaración sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, elaborados respectivamente en el seno de la Organización de las Naciones y de la Organización de Estados Americanos, juntamente con la ampliación del círculo de Estados partes en el Convenio 169 de la OIT —hasta la fecha único instrumento convencional de vocación universal jurídicamente vinculante en materia de protección de los derechos de los pueblos indígenas— y, en definitiva, la articulación de instrumentos internacionales en los que se detallen y precisen las obligaciones de los Estados para con sus Pueblos Indígenas, ha de suponer, sin duda, un avance significativo en el desarrollo progresivo del Derecho Internacional con miras al fortalecimiento de una regulación específica para el reconocimiento y protección de los derechos de los pueblos indígenas.