

Declaración de la ONU sobre Derechos de los Pueblos Indígenas

José Aylwin Oyarzún * 3 de Diciembre del 2007

I

En septiembre pasado la Asamblea General de la ONU adoptó, con el voto favorable de 144 Estados miembros, el voto en contra de cuatro Estados miembros (Estados Unidos, Canadá, Australia y Nueva Zelanda) y 11 abstenciones (incluyendo a Colombia, en América Latina), la Declaración de Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas. Se trata de un hito de gran significación en la construcción de un consenso internacional sobre derechos humanos, en este caso, sobre los derechos de pueblos históricamente negados y discriminados, los que están integrados por más de 300 millones de personas en todo el planeta.

En su Preámbulo, la Declaración establece la igualdad que los pueblos indígenas tienen con los demás pueblos, subrayando su derecho a ser diferentes y a ser respetados como tales. En su articulado dispone que los indígenas, como colectivos (pueblos) y como personas, tienen el derecho al disfrute de todos los derechos humanos y libertades fundamentales reconocidos por la normativa internacional de derechos humanos (Artículo 1) sin discriminación alguna (Artículo 2). La Declaración, más que crear nuevos derechos, reconoce a los indígenas derechos relativos a los pueblos y a las personas actualmente vigentes en el derecho internacional de los derechos humanos, pero que en muchas ocasiones no les han sido respetados.

A pesar de que su texto final fue objeto de diversas modificaciones, con el objeto de lograr un consenso mayoritario para su aprobación por la Asamblea General, en muchos aspectos la Declaración va más allá del Convenio 169 de la OIT sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes de 1989, el que hasta septiembre pasado constituía el único instrumento de derecho internacional enteramente referido a los pueblos indígenas y a sus derechos.

Entre los derechos más importantes reconocidos a los pueblos indígenas en la Declaración cabe destacar los de **carácter político**, incluyendo la libre determinación, derecho reconocido en términos muy similares a como lo hace para todos los pueblos el Artículo 1 común del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la ONU (1966), y el derecho de autonomía o al autogobierno, estos últimos, en cuestiones relacionadas con sus asuntos internos y locales (Artículo 4).

La Declaración reconoce a los pueblos indígenas además, el derecho a conservar y reforzar sus propias instituciones (Artículo 5); el derecho a definir su propio desarrollo (Artículo 23); y a mantener y desarrollar sus estructuras institucionales y

costumbres o sistemas jurídicos (Artículo 34). Ello no obsta, de acuerdo a su Artículo 5, al derecho que estos pueblos mantienen a "...participar plenamente, si lo desean, en la vida política, económica, social y cultural del país."

Además, y como una consecuencia de la libre determinación, la Declaración dispone el derecho de los pueblos indígenas a que se obtenga su consentimiento libre, previo e informado antes de que los Estados adopten decisiones que les afectan. Entre las decisiones que de acuerdo a ella requieren de tal consentimiento se encuentran su traslado desde sus tierras y territorios (Artículo 10), aquellas de carácter legislativo y administrativas que les afecten (Artículo 19), y la aprobación de proyectos que afecten sus tierras o territorios y otros recursos, particularmente aquellos relacionados con "...el desarrollo, la utilización o explotación de recursos minerales, hídricos o de otro tipo." (Artículo 32.2).

En materia de **derechos territoriales**, la Declaración dispone que los pueblos indígenas tienen el derecho "...a poseer, utilizar, desarrollar y controlar las tierras, territorios y recursos que poseen en razón de la propiedad tradicional u otra forma tradicional de ocupación o utilización, así como aquellos que hayan adquirido de otra forma." (Artículo 26.2). A través de esta disposición, se está reconociendo en forma expresa el derecho propiedad indígena basado en la propiedad ancestral sobre sus tierras territorios y recursos. En el mismo sentido este instrumento establece la obligación de los Estados de dar a los pueblos indígenas reconocimiento y protección jurídica sobre estas tierras, territorios y recursos, respetando para ello sus costumbres y tradiciones (Artículo 26.3).

Dispone además el derecho de los pueblos indígenas a la reparación, incluyendo la restitución, y cuando ello no sea posible, la compensación, por las tierras, territorios y recursos que les hayan sido "confiscados, tomados, ocupados, utilizados o dañados sin su consentimiento libre, previo, e informado" (Artículo 28).

La Declaración también vela por la protección de los **derechos culturales** de los pueblos indígenas, incluyendo, entre ellos, el derecho a practicar y revitalizar sus tradiciones y costumbres culturales (Artículo 11.1), a utilizar, fomentar y transmitir sus historias, idiomas, tradiciones orales, nombres, entre otros, (Artículo 13.1), a mantener, controlar, proteger y desarrollar su patrimonio cultural, sus conocimientos tradicionales, medicinas, diseños, y a la propiedad intelectual sobre estas expresiones culturales (Artículo 31.1).

Se trata de un hito de gran significación en la construcción de un consenso internacional sobre derechos humanos, en este caso, sobre los derechos de pueblos históricamente negados y discriminados, los que están integrados por más de 300 millones de personas en todo el planeta.

Como señalara el 22 de octubre pasado ante la Asamblea General de la ONU el Relator Especial de la ONU para los derechos humanos y libertades fundamentales de los indígenas, Rodolfo Stavenhagen, "la Declaración refleja el consenso internacional cada vez más extendido en torno al contenido de los derechos

indígenas, tal como son reconocidos progresivamente en numerosos países así como en diversos instrumentos internacionales y en la práctica de los órganos internacionales de derechos humanos.”

II

Las implicancias jurídicas de la Declaración de Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas recientemente aprobada por la Asamblea General de la ONU, son aún materia de debate.

Como sabemos, una Declaración no tiene el mismo status de una convención o tratado internacional. Formalmente, sus disposiciones no tienen, por sí mismas, efectos jurídicos vinculantes, como las de los primeros. Sin embargo, existen argumentos poderosos que permiten sostener que los Estados se encuentran jurídicamente obligados a respetar los derechos reconocidos a los pueblos indígenas en ella. Por de pronto, de acuerdo a lo dispuesto en su articulado, tanto las Naciones Unidas, sus órganos de tratado, los órganos especializados, así como los Estados deben, promover el respeto y plena aplicación de sus disposiciones (Artículo 42).

Hay diversos elementos que se deben tomar consideración para dimensionar las implicancias jurídicas de este instrumento a futuro. Desde luego se trata de una Declaración solemne como la Declaración Universal de Derechos Humanos de la ONU de 1948, que los Estados miembros de esta entidad –en particular aquellos que la aprobaron con su voto- deben respetar tanto en su ámbito interno como en sus relaciones internacionales.

Por otro lado, varias de sus disposiciones pueden ser vinculantes si son consideradas como generadoras de derecho internacional consuetudinario. Para su consideración como tal, sin embargo, se requiere, como señalan los juristas estadounidenses James Anaya y Siegfried Wiesser de una amplia práctica de los Estados en apoyo de esta nueva regla, incluyendo especialmente los Estados afectados, así como además, la convicción de los Estados de estar obligados por ella (*opinio juris*) (1).

En relación a las prácticas de los Estados sobre temas centrales de la Declaración, como la libre determinación, la autonomía, las tierras y territorios de los pueblos indígenas, dichos autores constatan que en muchos de ellos, incluyendo aquellos que votaron en contra de la Declaración, esta ha sido consistente con los principios fundamentales de la Declaración. Respecto a la *opinio juris*, la participación por largos años de los Estados en un proceso tendiente al establecimiento de un status especial para los pueblos indígenas traducido en derechos, incluyendo la de aquellos que votaron en contra de la Declaración, sería demostrativa de la existencia de una convicción por parte de los mismos de que deben ceñirse por la Declaración. Por lo mismo, señalan los juristas, existen antecedentes suficientes para considerar los contenidos centrales de la Declaración como derecho internacional consuetudinario, generador de obligaciones jurídicas para los Estados.

En cuanto a las implicancias de la Declaración en América Latina, diversos antecedentes hacen pensar que su adopción por la Asamblea General está dando lugar a un nuevo escenario jurídico sobre los pueblos indígenas y sus derechos en la región. Desde luego, el voto en favor de ella de la casi unanimidad de los Estados latinoamericanos, con la sola excepción de Colombia, da cuenta de su adhesión a sus contenidos centrales y de su voluntad de ceñirse por sus disposiciones y lineamientos tanto en su política interna como internacional. Sería no solo contrario al artículo 42 de la Declaración antes reseñado, sino que además incongruente, el que los Estados latinoamericanos que votaron en favor de su adopción por Naciones Unidas no implementasen las políticas públicas necesarias para hacerlos efectivos, o adoptaran medidas que los violaran.

Hechos ocurridos con posterioridad a la adopción de la Declaración por la Asamblea General son demostrativos de la disposición de diversos Estados latinoamericanos de ceñirse por sus disposiciones. Así, por ejemplo, el Senado de Bolivia aprobó el 1 de noviembre la Declaración de la ONU como ley, convirtiéndose en el primer país en la región y en el mundo en incorporarla como parte de su ordenamiento jurídico interno. Relevante también es la reciente decisión de la Corte Suprema de Belice en el caso de comunidades maya que reclamaban derechos sobre sus tierras ancestrales protegidas por la Constitución de ese país y por el derecho internacional. En su fallo de octubre pasado la Corte aceptó los reclamos de las comunidades demandantes basándose en las disposiciones de la Declaración de la ONU, considerando que esta contiene principios generales del derecho internacional que obligan al Estado de Belice.

Sin embargo, uno de los factores que mas puede incidir en la fuerza jurídica vinculante de la Declaración a nivel regional, está determinado por la recepción que sus orientaciones centrales han encontrado en la jurisprudencia de la Comisión y la Corte Interamericana de Derechos Humanos, siendo esta aún un proyecto de Declaración. En efecto, ambas instancias han señalado en diversas decisiones relativas a denuncias de pueblos indígenas por violaciones a derechos humanos protegidos por la Convención Americana de Derechos Humanos, que las disposiciones contenidas en el entonces proyecto de Declaración de la ONU sobre derechos de pueblos indígenas, así como en el proyecto de Declaración sobre los mismos derechos existente en el ámbito de la OEA, al igual que aquellas contenidas en el Convenio 169 de la OIT y otros instrumentos internacionales de derechos humanos aplicables a los pueblos indígenas, pueden ser consideradas al analizar casos sobre derechos indígenas.

Así el 2001 al resolver el caso *Awás Tingni v. Nicaragua*, la Corte aplicó lo que denominó un método de interpretación "evolutivo" que toma en cuenta los desarrollos contemporáneos del derecho de propiedad en relación con los pueblos indígenas y la tierra, reconociendo el derecho de propiedad comunal de esta comunidad indígena de la Costa Atlántica de ese país sobre tierras ancestrales reclamadas. En un razonamiento similar, la Comisión consideró en su informe sobre el caso *Mary y Carrie Dann v. Estados Unidos* (2002) las disposiciones del

Proyecto de Declaración Americana de Derechos de los Pueblos Indígenas y otras fuentes del derecho internacional como "principios legales generales internacionales" actualmente vigentes dentro y fuera del sistema interamericano, reconociéndoles también, al igual que en el caso anterior el derecho de propiedad sobre sus tierras.

En base a esta interpretación evolutiva la Comisión y la Corte han reconocido en los últimos años a través de diversos fallos derechos de propiedad comunal ancestral de los pueblos indígenas (*Yaxye Axa v. Paraguay*, 2005; *Sawhoyamaxa v. Paraguay*, 2006) y derechos de participación política a los mismos pueblos (*Yatama v. Nicaragua*, 2005).

Lo mismo cabe señalar respecto a los órganos de tratado de las Naciones Unidas, como el Comité de Derechos Humanos, los que desde hace años vienen sosteniendo la vigencia para los pueblos indígenas de los derechos reconocidos a todos los pueblos por las Convenciones Internacionales de derechos humanos que orientan su acción y que hoy son recogidos por la Declaración. Es el caso, por ejemplo, del derecho de libre determinación de los pueblos indígenas, el que ha sido afirmado reiteradamente por el Comité de Derechos Humanos de la ONU como un derecho vigente para los pueblos indígenas al amparo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de la ONU de 1966.

Como consecuencia de ello, los Estados americanos saben que los pueblos indígenas, de no ser respetados en sus derechos, y de no ser acogidas sus reclamaciones al nivel domestico, recurrirán – luego de agotados los recursos jurídicos internos- a los órganos de tratado de las Naciones Unidas, o del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, cuyas decisiones son jurídicamente vinculantes *per se*, para denunciar su violación y exigir su cumplimiento. Los mismos Estados saben también que tales instancias, como lo han hecho en los últimos años, acogerán las reclamaciones de los pueblos indígenas, y les ordenarán dar cumplimiento a sus derechos, así como la reparación de los daños causados por su acción.

La globalización, en este caso de los derechos humanos, configura una nueva realidad que los Estados no pueden obviar, tanto por razones éticas – estos no pueden desconocer derechos cuyo reconocimiento han apoyado- como por razones más pragmáticas, configuradas por la evolución jurisprudencial antes referida. Dicha realidad está determinada por la emergencia de un derecho supra estatal de los derechos humanos, que debe orientar sus acciones tanto en el ámbito interno como en el plano internacional.

Los derechos de los pueblos indígenas, hasta hace poco tiempo negados por muchos Estados, y cuya especificidad había sido omitida por el derecho internacional, no están fuera de este proceso de emergencia de un derecho supra estatal de los derechos humanos. Por lo mismo, con la adopción de la Declaración sobre los derechos de los pueblos indígenas de las Naciones Unidas por su Asamblea General, estos pasan a formar parte del consenso universal sobre

derechos humanos que los Estados no pueden sino respetar.

(1) Anaya, James, y Siegfried Wiesser, *The UN Declaration on the rights of indigenous peoples: Towards Re empowerment*, 2007 disponible en <http://jurist.law.pitt.edu/forumy/2007/10/un-declaration-on-rights-of-indigenous.php>

José Aylwin. Co Director, Observatorio de Derechos de los Pueblos indígenas (www.observatorio.cl)



Información disponible en el sitio ARCHIVO CHILE, Web del Centro Estudios “Miguel Enríquez”, CEME: <http://www.archivochile.com> (Además: <http://www.archivochile.cl> y <http://www.archivochile.org>). Si tienes documentación o información relacionada con este tema u otros del sitio, agradecemos la envíes para publicarla. (Documentos, testimonios, discursos, declaraciones, tesis, relatos caídos, información prensa, actividades de organizaciones sociales, fotos, afiches, grabaciones, etc.) Envía a: archivochileceme@yahoo.com y ceme@archivochile.com

NOTA: El portal del CEME es un archivo histórico, social y político básicamente de Chile y secundariamente de América Latina. No persigue ningún fin de lucro. La versión electrónica de documentos se provee únicamente con fines de información y preferentemente educativo culturales. Cualquier reproducción destinada a otros fines deberá obtener los permisos que correspondan, porque los documentos incluidos en el portal son de propiedad intelectual de sus autores o editores. Los contenidos de cada fuente, son de responsabilidad de sus respectivos autores, a quienes agradecemos poder publicar su trabajo. Deseamos que los contenidos y datos de documentos o autores, se presenten de la manera más correcta posible. Por ello, si detectas algún error en la información que facilitamos, no dudes en hacernos llegar tu [sugerencia / errata](#).