

La Declaración Americana sobre Derechos de los Pueblos Indígenas: el reto de la interpretación de una norma contradictoria*

BARTOLOMÉ CLAVERO**

La Asamblea General de la Organización de Estados Americanos reunida en Santo Domingo, República Dominicana, ha aprobado por aclamación hace apenas pocas semanas, el 15 de junio del año 2016, la Declaración Americana sobre Derechos de los Pueblos Indígenas. La nota oficial de prensa publicada de inmediato, el mismo día 15, lleva como titular «Fin a 17 años de espera para los Pueblos Indígenas», datando así el inicio del proceso que conduce a la Declaración en 1999.

En realidad han sido necesarios unos cuantos años más. Fue en 1989, una década antes, que la misma Asamblea General encargó a su Comisión de Asuntos Jurídicos y Políticos la preparación de un «Proyecto de Declaración Americana sobre Derechos de las Poblaciones Indígenas», encargo que se participó a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, al Comité Jurídico Interamericano y al Instituto Interamericano de Derechos Humanos. La previsión inicial era la de que la Declaración se acordaría el año emblemático de 1992. Lo ha sido veinticuatro años más tarde.

En 1999 lo que se había iniciado, tras la recepción de propuestas por parte de las instancias consultadas, es el proceso de deliberación intergubernamental, entre los Estados, sobre un texto unificado bajo el referido título de «Declaración Americana sobre Derechos de las Poblaciones Indígenas», seguido de la constitución de un grupo de trabajo específico para la reelaboración del proyecto tomando en cuenta «las sugerencias y comentarios formulados por los Estados Miembros», procurando «la participación de representantes de comunidades indígenas» y atendiendo a «las acciones desarrolladas en otras organizaciones internacionales» al mismo propósito. Así lo disponía una resolución de la Asamblea General del 7 de junio de dicho año, 1999.

* Lección impartida en el acto de recepción de la condecoración José León Barandiarán de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Perú, 3-VIII-2016.

** Jurista e historiador español, especialista en historia del derecho. Es catedrático de la Universidad de Sevilla. Correo electrónico: claver@us.es

El lenguaje se refería a «poblaciones» y a «comunidades», nunca a «pueblos». En los mismos quehaceres preparatorios del grupo de trabajo se habla a menudo de la existencia de proyectos de declaración sobre derechos de los «pueblos» indígenas desde tiempos incluso anteriores a la resolución de 1999, lo que induce a confusión. Tal identificación de pueblos ya estaba en uso por la Organización Internacional del Trabajo desde una década antes, desde 1989, por virtud de su Convenio sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes, bien que privándole de su sentido jurídico: «La utilización del término pueblos en este Convenio no deberá interpretarse en el sentido de que tenga implicación alguna en lo que atañe a los derechos que pueda conferirse a dicho término en el derecho internacional», declaraba el mismo (artículo 1.3) (Huaco, 2015; Swepston, 2015). Fue en 2001 cuando el «Proyecto de Declaración Americana sobre Derechos de las Poblaciones Indígenas» cambió el nombre de sus sujetos al de «Pueblos Indígenas» sin que su sentido, tras fuerte debate, tampoco se parangonara con el propio del derecho internacional.

La referencia de la resolución de 1999 a «otras instituciones internacionales» miraba ante todo a la Subcomisión de Naciones Unidas de Prevención de Discriminaciones y Protección a las Minorías, en cuya ámbito se había formado, en 1982, un grupo de trabajo «sobre poblaciones indígenas» con cometidos que comprendían el de preparar el proyecto para un instrumento sobre sus derechos. El grupo ya había entregado a la Subcomisión, en 1993, un proyecto de declaración sobre derechos «de los Pueblos Indígenas». Remitido a la Comisión de Derechos Humanos, esta decidió que se estableciese un nuevo grupo para que siguiera reelaborando el texto en comunicación con los Estados y, como ya venía haciéndose, con participación indígena. Aquí, en Naciones Unidas, el proceso también se estaba alargando.

A las alturas de 1999, cuando arranca más formalmente el proceso en la Organización de Estados Americanos, una diferencia significativa de lenguaje existía con respecto al proyecto de Naciones Unidas. Este ya había adoptado el identificativo de «pueblos» sin vaciarlo por su parte de sentido, en los mismos términos literales de los artículos primeros de los Pactos Internacionales de Derechos Humanos, de 1966: «Todos los pueblos 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». El proyecto naciounidense, igual que hará el texto definitivo, especificaba con el adjetivo de «indígenas» el sustantivo de «pueblos», produciéndose así una relativa homologación. El pronunciamiento original procedía realmente de 1960, de la Declaración sobre la Concesión de la Independencia a los Países y Pueblos Coloniales, esto es, del arranque de un proceso de descolonización conducido por Naciones Unidas que, aunque no se formulase

en estos términos, así ahora parecía proseguir para con pueblos indígenas (Charters y Stavenhagen, 2009, particularmente los capítulos de la parte segunda; Allen y Xanthaki, 2011; Pulitano, 2012).

Puede interesar el detalle de que en el proceso de elaboración de la Declaración Americana el derecho de libre determinación es de acuerdo bastante tardío, de 2015. Mas finalmente el mismo pronunciamiento comparece en la Declaración Americana haciéndolo además en la mismísima posición que en la de Naciones Unidas. Es el artículo tercero de ambas: «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». Si comparamos la Declaración Americana con el proyecto propio de 1999, esto es lo que más puede y debe resaltarse. No es tan solo que por entonces, hace diecisiete años, no se hablase de «pueblos indígenas». Es que resultaba inimaginable por aquellos tiempos que una declaración de la Organización de Estados Americanos pudiera contener tal principio de libre determinación pese a que el mismo ya se encontraba en el proyecto de Naciones Unidas. Su Declaración, la naciounidense, se adoptó por la Asamblea General el 13 de setiembre de 2007. Desde entonces ya era en cambio impensable que la réplica americana no contuviese el reconocimiento de libre determinación indígena.

Entre una y otra Declaración, una diferencia que puede ser significativa se produce a continuación del artículo tercero que comparten, el de libre determinación. Este es el artículo cuarto de la Declaración de Naciones Unidas: «Los pueblos indígenas, en ejercicio de su derecho a la libre determinación, tienen derecho a la autonomía o al autogobierno en las cuestiones relacionadas con sus asuntos internos y locales, así como a disponer de medios para financiar sus funciones autónomas». Y este es el correspondiente artículo cuarto de la Declaración Americana: «Nada de lo contenido en la presente Declaración se interpretará en el sentido de que confiere a un Estado, pueblo, grupo o persona derecho alguno a participar en una actividad o realizar un acto contrarios a la Carta de la Organización de los Estados Americanos y a la Carta de las Naciones Unidas, ni se entenderá en el sentido de que autoriza o alienta acción alguna encaminada a quebrantar o menoscabar, total o parcialmente, la integridad territorial o la unidad política de Estados soberanos e independientes». ¿Algo que ver?

En un caso nos encontramos con un desarrollo, el del derecho al autogobierno como forma de ejercicio de la libre determinación, mientras en el otro, el americano, nos topamos con una cautela, la de que este derecho de libertad indígena no puede afectar a la integridad y unidad de los Estados. Ha de añadirse enseguida que lo uno y lo otro se encuentran en ambas Declaraciones, pero en diversa posición, la cautela

al final de la Declaración de Naciones Unidas y la autonomía en el artículo vigésimo primero de la Americana: «Los pueblos indígenas, en ejercicio de su derecho a la libre determinación, tienen derecho a la autonomía o al autogobierno en las cuestiones relacionadas con sus asuntos internos y locales, así como a disponer de medios para financiar sus funciones autónomas». Obsérvese que la reproducción es también literal, inclusive la conexión expresa de la autonomía indígena con el derecho a la libre determinación. ¿El cambio de posiciones implica alguna diferencia de fondo? La anteposición de la integridad y unidad de los Estados en la Declaración Americana resulta ciertamente indiciaria de unas reservas por su parte que también es común con la de Naciones Unidas, pero que se acentúa ahora de forma que puede llegar a afectar seriamente a previsiones sustantivas. Es lo que conviene subrayar e intento que veamos.

De entrada, que una Declaración copie de la otra no debe extrañar. Tras 2007, tras la adopción de la Declaración de Naciones Unidas, la Americana está obligada a tomarla como término de referencia, tal y como viene de algún modo a reconocerlo en su artículo final, el cuadragésimo primero: «Los derechos reconocidos en esta Declaración y la Declaración de las Naciones Unidas sobre Derechos de los Pueblos Indígenas constituyen las normas mínimas para la supervivencia, dignidad y bienestar de los pueblos indígenas de las Américas». También lo anuncia de otro modo en el Preámbulo proclamando que a la Declaración se procede «teniendo presente los avances logrados en el ámbito internacional en el reconocimiento de los derechos de los pueblos indígenas, y en particular, el Convenio 169 de la OIT y la Declaración de la Naciones Unidas sobre Derechos de los Pueblos Indígenas». Dicho instrumento de la Organización Internacional del Trabajo, el 169 de su serie de convenios, es naturalmente el referido sobre Pueblos Indígenas.

La relación obligada entre ambas Declaraciones hace que una forma plausible de comprender la segunda en el orden del tiempo, la Declaración Americana, sea la de compararla con la primera, la de Naciones Unidas. La comparación es procedente no solo por la secuencia cronológica, sino también, más sustancialmente, porque, como ya ha podido detectarse, la Declaración Americana constituye una especificación de la Declaración de Naciones Unidas, siguiéndole en gran parte y reproduciéndola de forma literal o poco menos en ocasiones. En este contexto, tanto las coincidencias como las discordancias pueden ser de lo más expresivas y resultar además oportunas para que podamos proceder a su interpretación cabal. Acudamos entonces a la comparación no punto por punto (Weller y Hofmann, 2017), sino en lo que interesa a sus líneas fundamentales y extremos esenciales. Una norma no es un conjunto de pronunciamientos sueltos, sino el entramado de sentido que entre estos se teje. Luego podremos plantearnos problemas comunes

a ambos instrumentos acerca de su valor normativo y de su integración conjunta. Habremos de enfrentarnos con el prejuicio del infravalor de las Declaraciones.

La Declaración de Naciones Unidas guarda una lógica que toma como punto de partida, según ya hemos visto, el derecho de la libre determinación y su ejercicio mediante el autogobierno, esto es, la lógica de radicar en los propios pueblos indígenas, y no en los Estados ni en las organizaciones internacionales, la capacidad y la responsabilidad últimas de la adopción de decisiones en los asuntos que les interesan o les afectan (Doyle, 2015). Es una lógica constante en la Declaración, aun permitiéndose alguna excepción. Opera en momentos decisivos. Cito de entre sus artículos claves:

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

Artículo 19: Los Estados celebrarán consultas y cooperarán de buena fe con los pueblos indígenas interesados por medio de sus instituciones representativas antes de adoptar y aplicar medidas legislativas o administrativas que los afecten, a fin de obtener su consentimiento libre, previo e informado.

Art, 32.1: Los pueblos indígenas tienen derecho a determinar y elaborar las prioridades y estrategias para el desarrollo o la utilización de sus tierras o territorios y otros recursos.

Artículo 38: Los Estados, en consulta y cooperación con los pueblos indígenas, adoptarán las medidas apropiadas, incluidas medidas legislativas, para alcanzar los fines de la presente Declaración.

El requerimiento de un consentimiento tan comprometido como para calificarse de previo, libre e informado se reitera a diversos efectos en la Declaración de Naciones Unidas. La determinación indígena de las prioridades y estrategias del propio desarrollo y, consiguientemente, del acceso a sus territorios y utilización de sus recursos es otro principio operativo a lo largo de ella. Que los Estados se comprometen con la puesta en práctica de la Declaración y a hacerlo en consulta y cooperación con los pueblos indígenas es imperativo que también se aplica y se detalla a variados efectos. En cuanto que miembros de Naciones Unidas quedan todavía los Estados aún más comprometidos en la aplicación de la Declaración. Sigo citando pues en el texto ha de basarse la interpretación: «Las Naciones Unidas, sus órganos, incluido el Foro Permanente para las Cuestiones Indígenas, y los organismos especializados, incluso a nivel local, así como los Estados, promoverán el respeto y la plena aplicación de las disposiciones de la presente Declaración y velarán por su eficacia» (artículo 42). Son palabras terminantes que conviene ir

reteniendo para cuando tratemos lo ya anunciado del valor normativo de estos instrumentos así como de su integración obligada.

Vayamos por partes. Vamos a comparar cada uno de esos extremos en la Declaración de Naciones Unidas y en la Declaración Americana más allá de la primera impresión de que la segunda sigue a la primera en el lenguaje tanto como en el fondo. Los dos primeros principios vistos, el derecho a la participación mediante los propios procedimientos e instituciones y el del consentimiento libre, previo e informado para todo cuanto afecte a los pueblos indígenas, aparecen en la Declaración Americana conjuntamente en un solo artículo de forma que ya puede introducir un sesgo. Cito:

Artículo 23: 1. Los pueblos indígenas tienen derecho a la participación plena y efectiva, por conducto de representantes elegidos por ellos de conformidad con sus propias instituciones, en la adopción de decisiones en las cuestiones que afecten sus derechos y que tengan relación con la elaboración y ejecución de leyes, políticas públicas, programas, planes y acciones relacionadas con los asuntos indígenas.

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

¿Dónde se encierra el sesgo? El consentimiento indígena que en la Declaración de Naciones Unidas es un principio independiente de carácter general como forma de ejercicio, junto al autogobierno, del derecho a la libre determinación, aparece en la Declaración Americana como principio subsidiario del derecho a la participación. En la primera, la de Naciones Unidas, el consentimiento es complementario ante todo del autogobierno. Sentada en cambio la participación como premisa, la misma resulta un imperativo no sujeto a la libre determinación indígena, como si fuera ante todo deber y solo derivadamente derecho. En consecuencia, el acento recae en la consulta, mediante la que se participa, mientras que, de presidir en cambio el derecho de libre determinación, lo hace en el consentimiento. La Declaración de Naciones Unidas, en línea que no seguirá la Americana, considera que la participación es estrictamente un derecho y, por tanto, opcional para su sujeto: «Los pueblos indígenas tienen derecho a conservar y reforzar sus propias instituciones políticas, jurídicas, económicas, sociales y culturales, manteniendo a la vez su derecho a participar plenamente, si lo desean, en la vida política, económica, social y cultural del Estado». Exactamente: «si lo desean». Es el artículo quinto, tras el de libre determinación y el de autogobierno.

No digo que la interpretación de la Declaración Americana haya de ser así de contrapuesta con la de Naciones Unidas, sino que puede serlo. Y que a esto es a lo que se apunta en el contexto de elementos nuevos que encontramos en ella,

elementos quiero decir sin precedentes en el instrumento correspondiente de Naciones Unidas. En esta Declaración primera los dos artículos anteriores al del reconocimiento de la libre determinación indígena, que es el tercero como sabemos, se refieren a la igualdad en derechos humanos y a la no-discriminación entre pueblos e individuos indígenas y no indígenas. La Declaración Americana arranca de forma distinta. Reconoce a los pueblos y a los individuos indígenas el derecho a la autoidentificación para, acto seguido, condicionar seriamente su ejercicio al caracterizar a dichos pueblos. He lo:

Artículo 1: 1. La Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas se aplica a los pueblos indígenas de las Américas. 2. La autoidentificación como pueblos indígenas será un criterio fundamental para determinar a quienes se aplica la presente Declaración. Los Estados respetarán el derecho a dicha autoidentificación como indígena en forma individual o colectiva, conforme a las prácticas e instituciones propias de cada pueblo indígena.

Artículo 2: Los Estados reconocen y respetan el carácter pluricultural y multilingüe de los pueblos indígenas, quienes forman parte integral de sus sociedades.

Adviértase bien. Es a los pueblos indígenas, y no a los Estados mismos, a los que así se identifican en su totalidad por la Declaración como pluriculturales, esto es, se sobrentiende, como habientes de una cultura propia y además partícipes en la del Estado o de la sociedad dominante. Y se agrega lo que entonces resulta la consecuencia de que tales pueblos, los indígenas, «forman parte integral de sus sociedades», entendiéndose las sociedades de los Estados, las identificadas con ellos. Lo que debiera ser una constatación de hecho, de resultarlo realmente, se erige en un principio de derecho que se sienta como premisa de la libre determinación, la cual así queda en la Declaración Americana embutida entre los artículos segundo y cuarto, entre la pertenencia presunta de los pueblos indígenas a las sociedades de los Estados de una parte y, de otra, el principio que ya hemos visto de la unidad e integridad de los Estados.

En congruencia con la misma premisa, el derecho indígena a la educación que se contempla en la Declaración Americana es, ya de entrada, «intercultural», con presencia de la cultura del Estado (artículo 15.5). Y en el capítulo clave de la jurisdicción (artículo 22), el acceso a la justicia del Estado mediante «intérpretes lingüísticos y culturales» cobra más relieve que el derecho indígena a la jurisdicción propia, un derecho este realmente desdibujado. Arrastrando efectos tales, la presunción de pluriculturalidad de los pueblos indígenas, que conlleva su pertenencia a sociedades no indígenas, veremos que la propia Declaración Americana la desmiente al referirse al caso de los pueblos en aislamiento.

En lo que interesa al derecho al desarrollo, a cuyo respecto hemos visto a la Declaración de Naciones Unidas sentar el principio de que «los pueblos indígenas tienen derecho a determinar y elaborar las prioridades y estrategias» correspondientes, la Declaración Americana se extiende de forma que tiende a desdibujarse un principio tan inequívoco, resultando un escenario en el que los pueblos indígenas lo que tienen sustancialmente es el derecho a participar en la elaboración y, ocasionalmente, en la administración de programas de desarrollo que les vienen dados. He aquí una parte nuclear del derecho al desarrollo en la Declaración Americana:

Artículo 29: [...] 3. Los pueblos indígenas tienen derecho a participar activamente en la elaboración y determinación de los programas de desarrollo que les conciernan y, en lo posible, administrar esos programas mediante sus propias instituciones. 4. 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 [...].

A ello ha de sumarse la diversidad de tratamiento en el capítulo del derecho dominical. Por una parte, la Declaración de Naciones Unidas registra el derecho a la restitución por daños producidos, sin el debido consentimiento libre previo e informado, al patrimonio de pueblos indígenas en el ámbito no solo cultural (artículo 11.2), sino también en el material, esto es, respecto a territorios y recursos (artículo 28.1). La Declaración Americana mantiene en sus mismos términos lo primero (artículo 13.2), pero no lo segundo más decisivo. Por otra parte, a este mismo respecto de territorios y recursos, la Declaración Americana introduce una novedad, la de remisión al derecho del Estado, a su poder normativo unilateral, con anteposición al derecho internacional y sin registro específico tampoco de la necesidad de consentimiento indígena al efecto. Aquí se tiene:

Artículo 25.5: Los pueblos indígenas tienen el derecho al reconocimiento legal de las modalidades y formas diversas y particulares de propiedad, posesión o dominio de sus tierras, territorios y recursos de acuerdo con el ordenamiento jurídico de cada Estado y los instrumentos internacionales pertinentes. Los Estados establecerán los regímenes especiales apropiados para este reconocimiento y su efectiva demarcación o titulación.

La previsión de precedencia de la ley del Estado se reitera a efectos más generales (artículo 36). No hay nada similar en la Declaración de Naciones Unidas, la cual es más conminatoria con los Estados. Ya hemos visto en ella unos pronunciamientos bien comprometidos para ellos: «Los Estados, en consulta y cooperación con los pueblos indígenas, adoptarán las medidas apropiadas [...] para alcanzar los fines

de la presente Declaración», a lo que se añade, como también está visto, que los propios Estados, en cuanto que miembros de las Naciones Unidas al igual que estas mismas, «promoverán el respeto y la plena aplicación» de la Declaración. Este segundo pronunciamiento se replica en la Americana con referencia tan solo a la Organización de los Estados Americanos, sin mención de los Estados en particular (artículo 38), lo que rebaja ciertamente la fuerza del mandato. Más lo hace todavía que el primero, el de perseguir los fines de la Declaración en cooperación con los pueblos indígenas, no aparezca en la Americana con carácter general, sino tan solo a algunos efectos contados.

La Declaración de Naciones Unidas puede haber dejado claros cuáles sean los fines que habrán de alcanzarse cooperativamente por Estados y por pueblos indígenas. Se trata del objetivo de la libre determinación de estos segundos que se ejerce a través del autogobierno y se garantiza mediante el consentimiento libre, previo e informado. Si nos preguntamos respecto a los fines de la Declaración Americana la respuesta no queda tan nítida y esto no solo por dicho rebajamiento del perfil del compromiso de los Estados, sino, más sustantivamente, por el encuadramiento de unos pueblos indígenas definidos como multiculturales y así abocados a la interculturalidad con su implicación seriamente limitativa de las propias posibilidades de la libre determinación. Dicho de otro modo, en la Declaración Americana se perfila un escenario y augura un horizonte de carácter integracionista, lo cual no se dibuja en cambio por la de Naciones Unidas. He ahí unos fines de integración solapando a los de autonomía y libre consentimiento.

La impresión que puede ofrecer una lectura superficial es ciertamente otra. Ambas Declaraciones se pronuncian inequívocamente contra las políticas de Estados asimilacionistas de los pueblos indígenas. Declaración de Naciones Unidas: «Los pueblos y los individuos indígenas tienen derecho a no ser sometidos a una asimilación forzada ni a la destrucción de su cultura. Los Estados establecerán mecanismos eficaces para la prevención y el resarcimiento de [...] toda forma de asimilación o integración forzada» (artículo 8.1 y 2d). Declaración Americana: «Los pueblos indígenas tienen derecho a mantener, expresar y desarrollar libremente su identidad cultural en todos sus aspectos, libre de todo intento externo de asimilación. Los Estados no deberán desarrollar, adoptar, apoyar o favorecer política alguna de asimilación de los pueblos indígenas ni de destrucción de sus culturas» (artículo 10.1 y 2). La segunda se muestra incluso más enfática al propósito, lo que resulta engañoso en dicho contexto de presuposición integracionista, el de la presunción infundada de que todos los pueblos indígenas de las América son pluriculturales y, con ello, obligados a interculturalidad no optativa. Que no haya malentendidos.

No cuestiono la interculturalidad que se rija por libertad y responda a pie de igualdad, sino aquella que de hecho resulte obligada.

El asimilacionismo fue el tratamiento tradicional de los pueblos indígenas por parte de los Estados en el derecho tanto interno como internacional. Su expresión por excelencia se contiene en el Convenio de la Organización Internacional del Trabajo sobre Protección e Integración de las Poblaciones Indígenas y otras Poblaciones Tribuales y Semitribuales en Países Independientes, el 107 de la serie, de 1957, el cual fue, precisamente por ello, por la orientación que se manifiesta en su nombre completo, reformado de raíz en 1989 mediante el citado Convenio 169, marcando este el enfoque no asimilacionista desarrollado y acentuado en el derecho internacional hasta hoy. Ya contenía reconocimiento de derechos apreciables para las «poblaciones indígenas», pero confiándolo a determinación y garantía del Estado y no a las propias (Rodríguez-Piñero, 2005). Ahora resulta que llega la Declaración Americana intentando revertir el giro dentro de lo que cabe a estas alturas. Bajo la veste de integracionismo, de un integracionismo que se tiene por dado mediante la presunción de pluriculturalidad irreversible y definitiva de todos los pueblos indígenas, este instrumento americano se sitúa en posiciones de fondo más asimilacionista que respetuoso del autogobierno y el libre consentimiento indígenas.

El desmentido de la presunción de que todos los pueblos indígenas ya se encuentran, por pluriculturales, integrados, se encuentra, como ya he advertido, en la propia Declaración Americana. No es que rectifique reconociendo la evidencia de pueblos con comunidades predominante o completamente monolingües, o también plurilingües en lenguas indígenas, sin que ello sea impedimento absoluto para relacionarse con sectores no indígenas y con la sociedad dominante. Es que, sin que esto le haga recapacitar, la Declaración Americana se ocupa del caso de los pueblos en aislamiento voluntario reconociéndoles precisamente con carácter efectivo el derecho de libre determinación: «Los pueblos indígenas en aislamiento voluntario o en contacto inicial tienen derecho a permanecer en dicha condición y de vivir libremente y de acuerdo a sus culturas» (artículo 26.1). Solo esto basta para desmentir la presunción de multiculturalidad indígena con su corolario de pertenencia a las sociedades de Estado y de relajamiento consiguiente de la libre determinación.

En la referida nota oficial de prensa del mismo día de la adopción de la Declaración Americana se afirma que la misma es «el primer instrumento en la historia de la OEA que promueve y protege los derechos de los pueblos indígenas de las Américas». Hubiera quedado mejor de decirse que reconoce y garantiza tales derechos, pero no es a esto a lo que quiero ahora referirme, sino a esa idea de la primogenitura. Es cierta y no es cierta. No lo es porque la Declaración de Naciones Unidas se había

convertido en un instrumento americano a través de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos que la asumió desde un primer momento como norma fijadora del estándar de los derechos de los pueblos indígenas. Por esto todavía llama más la atención que la Declaración Americana venga a corregir a la baja.

Hemos visto que se consultó desde un inicio a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos para la elaboración del proyecto de Declaración Americana. La Comisión ha hecho más. Ha impulsado dicha adopción jurisprudencial, como estándar de referencia, de la Declaración de Naciones Unidas, contribuyendo a su conversión práctica en instrumento americano. Y no queda aquí su contribución. Ha elaborado y publicado un par de cumplidos informes que pueden considerarse consolidaciones jurisprudenciales del sistema interamericano de derechos humanos con relación a los derechos de los pueblos indígenas. Sus títulos ya dicen por sí bastante: «Derechos de los pueblos indígenas y tribales sobre sus tierras ancestrales y recursos naturales» el de uno y «Pueblos indígenas, Comunidades afrodescendientes, Industrias extractivas» el de otro. Hay algún punto de relación entre estos informes y la Declaración Americana (por ejemplo, respecto a la incardinación del consentimiento libre, previo e informado en el derecho de participación), pero no cabe decir que ofrezca pie para el giro pronunciado que ahora efectúa la misma, la Declaración Americana.

Lo dicho sobre la Declaración de Naciones Unidas puede decirse del Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo, esto es, que se ha convertido en instrumento interamericano sobre derechos de los pueblos indígenas gracias a la labor jurisprudencial de la Corte Interamericana yendo más allá de lo que permiten las numerosas ratificaciones por Estados americanos. Y otro tanto vale para la mismísima Convención Americana sobre Derechos Humanos. Nada dice esta sobre derecho indígena ni nadie imaginó en su momento que pudiera llegar a cubrirlo. Sin embargo, desde 2001, la Corte Interamericana viene interpretando que su registro de derechos debe participarse a indígenas con la modulación del caso al tratarse de sujetos colectivos. En definitivas cuentas, lo último que corresponde decir es que la Declaración Americana sea «el primer instrumento» interamericano sobre derechos de los pueblos indígenas. El mensaje que así se transmite puede resultar de lo más contraproducente.

Se crea la impresión de que existía un vacío normativo que la Declaración Americana viniera a colmar constituyéndose así en la base del derecho de los derechos de los pueblos indígenas en las Américas. Nada más lejos de la realidad. A estas alturas existe un nutrido cuerpo normativo e interpretativo en cuyo seno tendrá que venir a acomodarse e interpretarse la Declaración Americana. Es más todavía que

lo que acaba de recordarse. Aparte los comités de tratados de derechos humanos que atienden en ocasiones a derechos indígenas, existen en Naciones Unidas instancias específicas estables (también las hay temporales), como el ya mencionado Foro Permanente del Consejo Económico y Social para las Cuestiones Indígenas y también el Mecanismo de Expertos del Consejo de Derechos Humanos sobre Derechos de los Pueblos Indígenas, los cuales, en diálogo con estos y con los Estados, están ocupándose de la evaluación, interpretación, integración y potenciación del derecho internacional de los pueblos, las comunidades y los individuos indígenas en general y, muy en particular, de la puesta en práctica de la Declaración de Naciones Unidas.

Sobre esta comenzó enseguida el Foro Permanente a intentar hacer valer su entidad normativa. En una observación general suya de 2009 sobre el «carácter jurídico de la Declaración» a la luz del citado artículo 42, el Foro puntualizaba que la misma «no es un tratado y, en consecuencia, no tiene la fuerza vinculante» propia de los pactos, convenciones y convenios de derechos humanos ratificados por los Estados, pero que no por ello carece de valor normativo. Es norma del cuerpo internacional de derechos humanos, norma conectada con los Pactos Internacionales de Derechos Humanos y congruente con los mismos, que además fue negociada con representantes de los pueblos indígenas en el seno de las Naciones Unidas, representando así una forma de acuerdo más general incluso, aun con menos fuerza vinculante, que la de los tratados entre Estados: «la Declaración es parte de una práctica que ha promovido un creciente acercamiento entre las declaraciones y los tratados» como normas. Los mismos comités de tratados de derechos humanos promueven esta práctica de interpretación integradora de Declaraciones y Convenciones o tratados. Añádase el lenguaje de la Declaración nada programático, sino en todo normativo, bien conminatorio de cara a los Estados.

Todos estos argumentos rigen respecto a la Declaración Americana. Al aprobársele por aclamación en el seno de la Asamblea General de la Organización de Estados Americanos, no todos los Estados lo han entendido así. Estados Unidos y Colombia han registrado notas de reserva que comienzan por cuestionar su valor normativo: «Estados Unidos ha expresado de manera persistente sus objeciones al texto de esta Declaración Americana, que en sí mismo no es vinculante y, por lo tanto, no da lugar a una nueva legislación y tampoco constituye una declaración de obligaciones para los Estados Miembros de la Organización de los Estados Americanos en virtud de un tratado o el derecho internacional consuetudinario». Colombia por su parte insiste en que «las notas de reserva y las notas de interpretación» que detalladamente presenta «deben ser incluidas como parte integral del texto de la Declaración Americana de los Derechos de los pueblos Indígenas». Este ejercicio de reservas, en sí problemático cuando se trata de instrumentos de derechos humanos,

se practica respecto a tratados para delimitarse el alcance del compromiso que asume el Estado al ratificarlos. No tiene sentido ante documentos solo programáticos. Al interponerse reservas frente a la Declaración Americana, está implícitamente reconociéndose su valor normativo.

En suma, la Declaración Americana viene a sumarse a un nutrido cuerpo normativo de derecho internacional e interamericano de derechos de los pueblos indígenas planteando el reto de su integración en el mismo, un reto especialmente desafiante porque este instrumento representa un intento de enmienda de fondo a la orientación establecida por la Declaración de Naciones Unidas. Resulta evidente que tal integración no es fácil dado el giro que solapadamente se intenta ahora imprimir en las Américas al derecho de los derechos de los pueblos indígenas. No cabe someter la Declaración Americana a la de Naciones Unidas porque entre el derecho interamericano y el derecho internacional no hay una relación de subordinación por jerarquía.

Lo que hay es una relación en forma, puede decirse, de círculos concéntricos, siendo el derecho naciounidense el comprensivo del interamericano como estos dos a su vez comprenden los ordenamientos internos de los Estados. El segundo, el interamericano, debe interpretarse a la luz del primero, el de Naciones Unidas, conforme a la práctica que ya vienen en efecto desarrollando la Comisión y la Corte interamericanas. La Declaración Americana no cancela su jurisprudencia, pero la Comisión y la Corte afrontan ahora en primerísima línea el difícil reto que la misma provoca. No será, de aceptársele, una tarea fácil. La Declaración Americana viene a sumarse a la resistencia solapada de bastantes agencias internacionales, comenzándose por las financieras y de desarrollo, frente a la Declaración de Naciones Unidas (Clavero, 2014, cap. 3).

La Declaración Americana ha llegado postreramente en 2016 cuando el cuerpo normativo internacional e interamericano ya estaba definido y encauzado. La cuestión primaria que puede suscitarse entonces es la de cual era, a estas alturas, su necesidad. ¿Qué ha traído de positivo, quiero decir aparte del intento visto de distorsión retardadora por el empeño patente de modificación del rumbo marcado por la Declaración de Naciones Unidas? Algo puede acreditársele: contempla el supuesto de los derechos de los pueblos en aislamiento voluntario y contacto inicial asegurándose su libre determinación, caso que no se considera por el instrumento naciounidense. Y es un asunto importante tanto en general como en particular para las Américas. Tales pueblos existen en Venezuela, Colombia, Ecuador, Perú, Brasil, Bolivia y Paraguay.

En todo caso, el vacío normativo tampoco era exactamente tal. Tras la Declaración de Naciones Unidas, su Alto Comisionado para los Derechos Humanos adoptó

en 2012 unas directrices específicas sobre dichos pueblos americanos en la misma dirección que ahora justamente asume la Declaración Americana, la que hace ante todo valer su libre determinación y, por ende, el mantenimiento de la distancia con las correspondientes obligaciones para los Estados de garantizar desde el exterior unos derechos, como lo sean a la vida, al medio ambiente, al agua no contaminada, a la integridad del territorio... Con similar orientación, la Comisión Interamericana también ha emitido recientemente, en 2013, un informe sobre «Pueblos indígenas en aislamiento voluntario y contacto inicial en las Américas».

Conclusión

La Declaración Americana es un instrumento especialmente complejo por su carácter contradictorio. En su Preámbulo proclama que procede «alentando a los Estados a que respeten y cumplan eficazmente todas sus obligaciones para con los pueblos indígenas dimanantes de los instrumentos internacionales, en particular las relativas a los derechos humanos, en consulta y cooperación con los pueblos interesados» así como, añadamos según el cuerpo de la Declaración no deja de añadir, contando con su consentimiento y respetando su autonomía. De esto se trata. Ahí radican los principios para la debida interpretación de la norma, Ambas Declaraciones se remiten a más «principios» (artículo 46.3 de la de Naciones Unidas y 36 de la Americana), pero los específicos suyos son los de libre determinación y consentimiento indígenas.

Nada de lo que la Declaración Americana dice puede ignorarse, pero todo lo que contiene debe colocarse en el lugar del círculo que corresponda conforme a tales principios específicos, los de autogobierno y consentimiento complementándose entre sí como garantías de la libre determinación. ¿Qué esto a su vez contradice la intención más bien adversa del instrumento americano? Ciertamente es, pero en el mundo de hoy no hay norma que tenga la última palabra sobre sus propios principios. Igual ocurre al fin y al cabo a estas alturas con aquellas Constituciones de Estados que se sitúan a espaldas de los derechos humanos y en la medida en la que lo hacen. A propósito de derecho constitucional, permítaseme, para concluir de verdad, una reflexión sobre Perú.

Sabido es que la Constitución peruana dispone que los derechos «se interpretan de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y con los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por el Perú» (Disposición Final 4). El Código Procesal Constitucional especifica que la referencia a tratados comprende «las decisiones adoptadas por los tribunales internacionales sobre derechos humanos constituidos según tratados de los que el Perú es parte» (artículo 5). A esto a su vez ha de añadirse lo indicado por la observación

citada del Foro Permanente para las Cuestiones Indígenas. Dadas las cláusulas normativas de algunas Declaraciones, como precisamente la de Derechos de los Pueblos Indígenas, y la práctica de integración interpretativa de los instrumentos internacionales de derechos humanos por parte de los comités de tratados, cada vez tiene menos sentido práctico la distinción categórica entre declaración adoptada y convención ratificada.

En definitiva, con todos los retos que plantean, comenzando por el de su contradicción de fondo, ambas Declaraciones sobre Derechos de los Pueblos Indígenas, la universal y la americana, habrían de venir a presidir el derecho y la política de la República del Perú en relación con los pueblos andinos, amazónicos y demás.

Referencias

- Allen, Stephen y Alexandra Xanthaki (eds.) (2011). *Reflections on the UN Declaration on the Rights of Indigenous Peoples*. Oxford: Hart.
- Charters, Clair y Rodolfo Stavenhagen (eds.) (2009). *El desafío de la declaración: historia y futuro de la Declaración de la ONU sobre Pueblos Indígenas*. Copenhague: IWGIA.
- Clavero, B. (2014). *Derecho global. Por una historia verosímil de los derechos humanos*. Madrid: Trotta.
- Doyle, Cathal M. (2015). *Indigenous Peoples, Title to Territory, Lands and Resources: The transformative role of free prior and informed consent*. Abingdon: Routledge.
- Huaco, Marco (2015). *Los trabajos preparatorios del Convenio n° 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes. A los 25 años de su adopción*. Lima: Konrad Adenauer Stiftung.
- Pulitano, Elvira (ed.) (2012). *Indigenous Rights in the Age of the UN Declaration*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Rodríguez-Piñero, Luís (2005). *Indigenous Peoples, Postcolonialism, and International Law: The ILO Regime, 1919-1989*. Oxford: Oxford University Press.
- Sweepston, Lee (2015). *The Foundations of Modern International Law on Indigenous and Tribal Peoples: The Preparatory Documents of the Indigenous and Tribal Peoples Convention and its Development through Supervision*, vol. I, *Basic Policy and Land Rights*. Leiden: Brill.
- Weller, Marc y Jessie Hofmann (eds.) (2017). *The UN Declaration on the Rights of Indigenous Peoples: A Commentary*. Oxford: Oxford University Press.

Directorio

- <http://www.oas.org/es/sadye/documentos/res-2888-16-es.pdf> (Declaración Americana sobre Derechos de los Pueblos Indígenas, con notas de reserva de Estados Unidos y de Colombia).
- http://www.un.org/esa/socdev/unpfii/documents/DRIPS_es.pdf (Declaración de Naciones Unidas sobre Derechos de los Pueblos Indígenas).

- http://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO:12100:P12100_INSTRUMENT_ID:312314:NO (Convenio de la Organización Internacional del Trabajo sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes).
- http://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO:12100:P12100_INSTRUMENT_ID:312252:NO (Convenio de la Organización Internacional del Trabajo, sobre Protección e Integración de las Poblaciones Indígenas y otras Poblaciones Tribales y Semitribales en Países Independientes).
- http://www.oas.org/es/temas/pueblos_indigenas.asp (enlaces a trabajos preparatorios de la Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblo Indígenas).
- http://www.oas.org/es/centro_noticias/comunicados_prensa.asp?nMes=6&nAnio=2016 (Comunicado de prensa de la Organización de Estados Americanos acerca de la adopción de la Declaración Americana sobre Derechos de los Pueblos Indígenas, enlace del 15 de junio).
- <http://www.oas.org/es/cidh/indigenas/docs/pdf/tierras-ancestrales.esp.pdf> (Informe de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos acerca de los *Derechos de los pueblos indígenas y tribales sobre sus tierras ancestrales y recursos naturales*).
- <http://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/IndustriasExtractivas2016.pdf> (Informe de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos acerca de *Pueblos indígenas, Comunidades afrodescendientes, Industrias extractivas*).
- <http://www.oas.org/es/cidh/indigenas/docs/pdf/informe-pueblos-indigenas-aislamiento-voluntario.pdf> (Informe de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos acerca de *Pueblos indígenas en aislamiento voluntario y contacto inicial en las Américas*).
- <http://acnudh.org/wp-content/uploads/2012/03/Final-version-Guidelines-on-isolated-indigenous-peoples-february-2012.pdf> (Alto Comisionado para los Derechos Humanos, *Directrices de protección para los pueblos indígenas en aislamiento y en contacto inicial de la Región Amazónica, el Gran Chaco y la Región Oriental de Paraguay*).
- http://www.un.org/esa/socdev/unpfii/documents/E_C_19_2009_14_es.pdf (Observación General del Foro Permanente para las Cuestiones Indígenas acerca de *El artículo 42 de la Declaración sobre Derechos de los Pueblos Indígenas*, en anexo).