

Los derechos indígenas tras la Declaración

El desafío de la implementación

Felipe Gómez Isa y Mikel Berraondo (eds.)



Los derechos indígenas tras la Declaración

El desafío de la implementación

Instituto de Derechos Humanos

Los derechos indígenas tras la Declaración

El desafío de la implementación

Felipe Gómez Isa y Mikel Berraondo (eds.)

2013
Universidad de Deusto
Bilbao

Serie Derechos Humanos, vol. 20

Cualquier forma de reproducción, distribución, comunicación pública o transformación de esta obra sólo puede ser realizada con la autorización de sus titulares, salvo excepción prevista por la ley. Diríjase a CEDRO (Centro Español de Derechos Reprográficos, www.cedro.org) si necesita fotocopiar o escanear algún fragmento de esta obra.

Imagen de portada:

Todadahó Sid Hill, Jefe de la Nación Onondaga, da la bienvenida en la ceremonia inaugural del Foro Permanente de las Naciones Unidas sobre Asuntos Indígenas, 2012.

Photo Credit: UN/Devra Berkowitz

© Publicaciones de la Universidad de Deusto

Apartado 1 - 48080 Bilbao

e-mail: publicaciones@deusto.es

ISBN: 978-84-15772-00-2

Índice

Introducción	9
---------------------------	---

PARTE I ASPECTOS GENERALES

Pueblos Indígenas: retos después de la batalla Rodolfo Stavenhagen	15
Derechos Humanos y Diversidad Cultural Xabier Etxeberria	39

PARTE II MECANISMOS DE PROTECCIÓN

Los Pueblos Indígenas y el sistema de Naciones Unidas: perspectivas de cambio Beatriz Fernández Carrillo	65
El Mecanismo de Expertos sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas: desafíos y oportunidades José Parra y David Martín	91
Contribución del sistema interamericano en la definición e interpretación de la Declaración de la ONU sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas Maia Sophia Campbell	113
Pueblos Indígenas en África Davinia Gómez Sánchez	137

PARTE III

DESARROLLO, TERRITORIO Y RECURSOS NATURALES

El derecho al desarrollo de los Pueblos Indígenas	
Felipe Gómez Isa	175
Derechos territoriales frente al reto permanente de su implementación	
Mikel Berraondo López	191
Los Pueblos Indígenas y las industrias extractivas	
Andy Whitmore	207

PARTE IV

PARTICIPACIÓN POLÍTICA Y DERECHO A LA REPARACIÓN

La participación política de los pueblos indígenas. Escenarios, estrategias, modalidades y resultados	
Myrna Cunningham Kain	247
Después de la Declaración: perspectivas en la participación indígena en las Naciones Unidas	
Patricia Borraz	287
Derecho a la reparación en los casos indígenas	
Carlos Martín Beristain	323

PARTE V

DESAFÍOS DE LA IMPLEMENTACIÓN

Impactos del Caso Texaco en la lucha de los Pueblos Indígenas	
Pablo Fajardo Mendoza	347
Estrategias San para la defensa de los derechos sobre tierras y recursos en África Meridional	
Robert K. Hitchcock y Maria Sapignoli	365
Obstáculos para la justicia: la lucha por las colinas de Niyamgiri en la India	
Jo Woodman	389
Criminalización del pueblo Mapuche en Argentina	
María Micaela Gomiz	405
Coartadas de un crimen silencioso: la situación de los Pueblos Indígenas en Aislamiento (PIA) en Ecuador	
Milagros Aguirre Andrade	425

Introducción

Los derechos de los pueblos indígenas se encuentran en pleno proceso de consolidación e implementación en todo el mundo. Tras el hito marcado por la adopción de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas en 2007 nos encontramos en una época en la que el debate sobre la implementación de los derechos de los pueblos indígenas es un debate global. Las realidades siguen siendo muy diversas y desiguales en un mundo que, a pesar de los reconocimientos normativos y jurisprudenciales, se resiste al momento definitivo de la implementación de los derechos y de las transformaciones políticas, sociales, económicas y jurídicas que dicha implementación provocará en todos los países con pueblos indígenas entre sus fronteras y en las formas de organización de la comunidad internacional. El avance hacia esta añorada implementación de los derechos no resulta nada fácil. Permanentemente surgen nuevos desafíos que se van sumando a la larga lista de desafíos ya existentes y en muchos casos pudiera parecer que, lejos de avanzar en la implementación de los derechos de los pueblos indígenas, se está retrocediendo de manera muy seria. Lo importante de este proceso es la determinación de los pueblos indígenas. Al igual que durante los más de 20 años de negociación de la Declaración, los pueblos indígenas están decididos a lograr la implementación de sus derechos humanos de manera generalizada en todas las regiones del mundo. Y esa firme decisión es lo que permite que el proceso de implementación avance de manera lenta pero decidida.

Frente a este contexto de implementación de los derechos de los pueblos indígenas los Estados están reaccionando de manera inquietante, cuando menos. Si bien es cierto que fueron los Estados los que votaron a favor de la Declaración, en los últimos años se puede apreciar una sensación de retroceso tanto en relación con la aceptación de los derechos de los pueblos indígenas, como en relación a su implementación y alcances. Parece que los Estados han encontrado su límite de tolerancia y sus posturas están variando sensiblemente hacia posturas negacionistas y simplificadoras de los derechos de los pueblos indígenas. Incluso, han llegado al cuestionamiento de los instrumentos internacionales de protección de los derechos

humanos como consecuencia del posicionamiento favorable de muchos de estos mecanismos hacia los derechos de los pueblos indígenas. El caso de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos no resulta casual si lo relacionamos con las posturas políticas de muchos de los Estados y con las tensiones internas que se viven dentro de los Estados frente a una realidad que ahora no quieren acabar de integrar en sus dinámicas sociales, jurídicas y políticas¹.

Además, este cuestionamiento de los mecanismos internacionales no se centra exclusivamente en los pueblos indígenas, sino que podríamos generalizarlo en relación con los derechos humanos. Vivimos una época de cuestionamiento de los derechos humanos, en la que muchos Estados consideran que el marco internacional de derechos humanos obstaculiza los avances de la globalización económica y de los nuevos contextos político-económicos que se requieren después de la última gran crisis económica de mediados de la primera década del siglo XXI. En esta nueva época se cuestionan los derechos humanos, se cuestionan los mecanismos internacionales desarrollados para su protección y garantía, y se priorizan otras ramas del Derecho internacional como el Derecho mercantil o económico frente a los derechos humanos.

A pesar de estas coyunturas adversas, los pueblos indígenas se mantienen firmes en su convicción de ejercer sus derechos humanos y mantener sus culturas y formas de vida tradicionales. Igualmente mantienen la presión y la incidencia internacional como una forma eficaz de mantener las tensiones con los Estados y de contar con apoyos políticos importantes en algunas de las organizaciones internacionales que existen en la actualidad. Naciones Unidas sigue siendo la organización donde más esfuerzos realizan los pueblos indígenas, conscientes de la historia que les une. En contra de previsiones más negativas, han logrado mantener la tensión con los Estados sobre la garantía de sus derechos, han logrado desarrollar nuevos mecanismos dentro del sistema para mejorar su visibilización e incidencia ante las diversas agencias y mecanismos que integran el sistema de la ONU, y siguen planteando permanentemente retos a las instituciones internacionales para lograr sus apoyos en las diversas contiendas que mantienen con los Estados. Gracias a sus acciones permanentes están logrando importantes avan-

¹ La Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) viene sufriendo desde hace algunos años fuertes críticas de diversos Estados miembros de la Organización de Estados Americanos (OEA). Y entre estas críticas se encuentra el desarrollo de los derechos de los pueblos indígenas, especialmente de sus derechos territoriales y de consulta, como quedó reflejado en el caso de las presiones que realizó Brasil frente a la OEA como consecuencia de las medidas cautelares otorgadas por la CIDH en el proceso de construcción de la presa de Bello Monte. A raíz de las fuertes presiones de Brasil la CIDH retiró las medidas cautelares.

ces en el lento proceso de ejercer sus derechos humanos y hacer cierto el artículo 43 de la Declaración de la ONU que afirma la condición de mínimos de los derechos reconocidos en la Declaración.

Partiendo de estos logros importantes de los pueblos indígenas en el ejercicio de sus derechos, el Instituto de Derechos Humanos Pedro Arrupe de la Universidad de Deusto quiere realizar una contribución en favor del desarrollo e implementación de los derechos de los pueblos indígenas. Para ello ha elaborado la presente publicación, con la pretensión de contribuir a difundir una visión positiva de los procesos de implementación de los derechos humanos de los pueblos indígenas, a través de ejemplos concretos como la creación de nuevos mecanismos en el contexto de la ONU o casos concretos en los que, a través de la defensa y judicialización de los derechos, se han obtenido resultados importantes para los pueblos indígenas. Sin desconocer las dificultades cotidianas a las que se enfrentan los pueblos indígenas en el ejercicio de sus derechos, así como los riesgos que asumen cuando deciden luchar por ellos, queremos lanzar un mensaje optimista y coherente con nuestros compromisos y objetivos como institución de derechos humanos que somos. Apostamos claramente por mostrar algunos ejemplos positivos para posicionarnos sin complejos de manera favorable a la implementación de los derechos de los pueblos indígenas.

Con esta publicación damos continuidad al *Manual sobre Pueblos Indígenas y Derechos Humanos* que publicamos en el año 2006. Hemos querido preguntarnos por los avances institucionales que se han producido y hemos querido avanzar en nuestros análisis buscando una realidad más empírica. Pero, sobre todo, hemos querido reafirmar nuestro compromiso con los derechos de los pueblos indígenas que desde hace más de 10 años materializamos cada año a través del Programa Conjunto con la Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos de la ONU de formación para representantes indígenas de América Latina.

La publicación ha sido posible gracias a las generosas contribuciones de un grupo de expertos y expertas de primer nivel que han plasmado reflexiones y ejemplos relevantes de la ardua pero inagotable defensa de los derechos indígenas por parte de los propios pueblos indígenas y sus aliados. Asimismo, queremos reconocer el apoyo brindado por la Agencia Española para la Cooperación Internacional y el Desarrollo (AECID) y la Agencia Vasca de Cooperación para el Desarrollo, sin el cual este proyecto no hubiera visto la luz.

Quedamos agradecidos a todas las personas que han contribuido con la realización de esta publicación y confiamos en el interés que sus aportaciones puedan despertar en beneficio del desarrollo de los derechos de los pueblos indígenas.

FELIPE GÓMEZ ISA Y MIKEL BERRAONDO

PARTE I
Aspectos generales

Pueblos Indígenas: retos después de la batalla

Rodolfo Stavenhagen*

La euforia generada en septiembre de 2007 por la proclamación de la Declaración sobre los Derechos de los Pueblos indígenas (DNUPI) en la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas se ha ido menguando poco a poco. Los cuatro Estados que habían votado en contra (Australia, Canadá, Estados Unidos y Nueva Zelanda) cambiaron de parecer después de haber sido mundialmente criticados, y ofrecieron adherir a la Declaración. Para la gran mayoría de los indígenas en el mundo la adopción de la DNUPI no ha significado aún cambios en sus condiciones de vida ni profundas modificaciones en la situación de sus derechos humanos. En el nivel internacional siguen realizándose las sesiones anuales del Foro Permanente de Cuestiones Indígenas en Nueva York y del Mecanismo de Expertos sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas en el Consejo de Derechos Humanos en Ginebra (MEDPI).

Pero para los pueblos indígenas el principal escenario para la protección y promoción de sus derechos humanos sigue siendo el espacio del Estado nacional y sus instituciones judiciales, políticas y legislativas. En algunos países hubo progresos en materia de legislación, en otros se dieron algunos fallos favorables en los tribunales. Pero también hubo retrocesos, ampliamente denunciados por las organizaciones de derechos humanos, que son incompatibles con la DNUPI así como con las disposiciones del Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo.

La misma problemática que aqueja a los pueblos indígenas desde tiempo atrás sigue incidiendo en sus derechos humanos en distintas partes del mundo. Resalta sobre todo la sempiterna cuestión del derecho a la tierra, la cual persiste como fuente de violaciones a los derechos humanos, de conflictos sociales y de luchas indígenas y campesinas. También parecen haberse agudizado los conflictos en torno a la explotación de los recursos naturales en zonas indígenas, sobre todo los mineros, petroleros, forestales

* Antropólogo mexicano. Primer Relator de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas.

y acuíferos. Ello se debe a la agresiva expansión de las actividades extractivas de grandes corporaciones internacionales, con apoyo de gobiernos nacionales y de organismos multilaterales de financiamiento. Por otra parte, persisten la cuestión del incompleto acceso a la justicia de los pueblos indígenas y la brecha de la implementación entre la legislación y su aplicación efectiva; así como sus bajos niveles de desarrollo social y humano.

A raíz de la adopción de la DNUPI y la ratificación por algunos Estados más de la Convención 169 de la OIT, están cobrando fuerza las actividades en torno al derecho al consentimiento y la consulta previa, libre e informada. Como ha establecido el MEDPI, «la participación de los pueblos indígenas en la adopción de decisiones en todos los asuntos que afectan sus vidas constituye el fundamento esencial de su disfrute de la totalidad de los derechos humanos».

Armados de nuevos instrumentos jurídicos internacionales y conscientes de la importancia que pueden tener los fallos jurídicos, numerosas comunidades y organizaciones indígenas (o bien individuos indígenas), asesorados por organizaciones civiles de defensa de los derechos humanos o por bufetes jurídicos simpatizantes, vienen emprendiendo desde hace algunos años acciones de litigio en contra del Estado o de empresas privadas y en defensa de sus derechos violados o ignorados por estos. Diversos casos han sido considerados por el sistema interamericano de derechos humanos, y en forma progresiva los tribunales domésticos de distintos niveles recurren a las normas internacionales al considerar los casos en los que están involucradas las comunidades o las personas indígenas.

Sigue la lucha por el derecho a la tierra

No debe extrañarnos que la vieja demanda por el derecho a la tierra, consagrado ahora en la DNUPI y en el Convenio 169 de la OIT, sea aún el principal reclamo de los pueblos indígenas. Por el contrario, sus reclamos tienen más fuerza y mejores posibilidades de ser atendidos porque ya están sólidamente fundamentados en dichos instrumentos.

En su artículo 26, la Declaración dice:

«1. Los pueblos indígenas tienen derecho a las tierras, territorios y recursos que tradicionalmente han poseído, ocupado o de otra forma utilizado o adquirido.

2. Los pueblos indígenas tienen 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.

3. Los Estados asegurarán el reconocimiento y protección jurídicos de esas tierras, territorios y recursos. Dicho reconocimiento respetará debi-

damente las costumbres, las tradiciones y los sistemas de tenencia de la tierra de los pueblos indígenas de que se trate».

Por su parte, el Convenio 169, aprobado con anterioridad a la Declaración (en 1989) establece:

Artículo 14

«Deberá reconocerse a los pueblos interesados el derecho de propiedad y de posesión sobre las tierras que tradicionalmente ocupan.

Los gobiernos deberán tomar las medidas que sean necesarias para determinar las tierras que los pueblos interesados ocupan tradicionalmente y garantizar la protección efectiva de sus derechos de propiedad y posesión.

Deberán instituirse procedimientos adecuados en el marco del sistema jurídico nacional para solucionar las reivindicaciones de tierras formuladas por los pueblos interesados».

Artículo 17

«Deberán respetarse las modalidades de transmisión de los derechos sobre la tierra entre los miembros de los pueblos interesados establecidas por dichos pueblos».

También en algunos Estados se han logrado avances en la legislación nacional sobre el derecho de los pueblos indígenas a la tierra y sus recursos.

En un amplio estudio sobre los derechos de los pueblos indígenas sobre la tierra y los recursos, publicado en 2009, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos escribe:¹

«Los pueblos indígenas y tribales tienen formas de vida únicas, y su cosmovisión se basa en su estrecha relación con la tierra. Las tierras tradicionalmente utilizadas y ocupadas por ellos son un factor primordial de su vitalidad física, cultural y espiritual. Esta relación única con el territorio tradicional puede expresarse de distintas maneras, dependiendo del pueblo indígena particular del que se trate y de sus circunstancias específicas; puede incluir el uso o presencia tradicionales, la preservación de sitios sagrados o ceremoniales, asentamientos o cultivos esporádicos, recolección estacional o nómada, cacería y pesca, el uso consuetudinario de recursos naturales u otros elementos característicos de la cultura indígena o tribal. Como lo ha señalado la Corte Interamericana de Derechos

¹ Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Derechos de los pueblos indígenas y tribales sobre sus tierras ancestrales y recursos naturales. Normas y jurisprudencia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos*, OEA/Ser.L/V/II, Doc. 56/09, 30 de diciembre de 2009.

Humanos, «para las comunidades indígenas la relación con la tierra no es meramente una cuestión de posesión y producción sino un elemento material y espiritual del que deben gozar plenamente, inclusive para preservar su legado cultural y transmitirlo a las generaciones futuras». «[L]a garantía del derecho a la propiedad comunitaria de los pueblos indígenas debe tomar en cuenta que la tierra está estrechamente relacionada con sus tradiciones y expresiones orales, sus costumbres y lenguas, sus artes y rituales, sus conocimientos y usos relacionados con la naturaleza, sus artes culinarias, el derecho consuetudinario, su vestimenta, filosofía y valores». El Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial también ha concluido que los derechos territoriales de los pueblos indígenas son únicos, y abarcan una tradición y una identificación cultural de los pueblos indígenas con sus tierras que ha sido generalmente reconocida».

Durante los últimos años, la jurisprudencia del sistema interamericano de derechos humanos ha contribuido a desarrollar los contenidos mínimos del derecho de propiedad comunal de los pueblos indígenas sobre sus tierras, territorios y recursos naturales, con base en las disposiciones de la Convención Americana y de la Declaración Americana, interpretadas a la luz de las normas del Convenio 169 de la Organización Internacional de Trabajo [OIT], de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, del Proyecto de Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas y otras fuentes relevantes, conformando un *corpus iuris* coherente que define las obligaciones de los Estados Miembros de la OEA en relación con la protección de los derechos de propiedad indígenas.

La jurisprudencia interamericana ha caracterizado la propiedad territorial indígena como una forma de propiedad que se fundamenta no en el reconocimiento oficial del Estado, sino en el uso y posesión tradicionales de las tierras y recursos; los territorios de los pueblos indígenas y tribales «les pertenecen por su uso u ocupación ancestral».

Los derechos de propiedad indígenas basados en el uso o posesión consuetudinarios, independientemente del reconocimiento estatal, existen no sólo en casos de pretensiones de propiedad por el Estado, sino también en relación con terceros que pretendan ostentar títulos reales de propiedad sobre las mismas áreas. El reconocimiento del valor normativo del derecho consuetudinario indígena como fundamento del derecho de propiedad también implica que los reclamos o pretensiones de propiedad por parte de comunidades indígenas que carezcan de un título real sobre sus tierras deben ser tenidos plenamente en cuenta a todos los efectos jurídicos, y notablemente en relación con el cumplimiento de los deberes estatales relativos a los proyectos de inversión, desarrollo o extracción de los recursos naturales.

El informe de la CIDH señala casos en que mediante la intervención de la CIDH se consiguió algún arreglo amistoso entre un Estado y una comunidad indígena, pero también indica casos, como en el Brasil, en donde el Estado obstaculiza mediante argucias jurídicas y leguleyas el pleno goce de los derechos de los indígenas a sus tierras ancestrales. En términos generales, la CIDH clasificó este tipo de actuaciones estatales como «escollos que dificultan la aplicación firme de los preceptos constitucionales y legales sobre tierras indígenas».

Las opiniones de la Comisión tienen un peso creciente en las decisiones jurídicas que se toman a lo largo del continente americano, sobre todo en los países iberoamericanos; pero aún más significativas son las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la cual durante la última década ha desarrollado una importante doctrina en materia de derechos de los pueblos indígenas. El primer caso significativo fue el de *Awas Tingni*, Nicaragua (2001), en el que la Corte establece que el Estado de Nicaragua es responsable por violaciones al derecho a la propiedad en forma activa, consagrado en el artículo 21 de la Convención, al otorgar una concesión a la compañía SOLCARSA para realizar en las tierras *Awas Tingni* trabajos de construcción de carreteras y de explotación maderera, sin el consentimiento de la Comunidad *Awas Tingni*.

La Corte estima que «el Estado ha violado el derecho al uso y el goce de los bienes de los miembros de la Comunidad *Mayagna Awas Tingni*, toda vez que no ha delimitado y demarcado su propiedad comunal, y que ha otorgado concesiones a terceros para la explotación de bienes y recursos ubicados en un área que puede llegar a corresponder, total o parcialmente, a los terrenos sobre los que deberá recaer la delimitación, demarcación y titulación correspondientes, y declara que el Estado violó el derecho a la propiedad consagrado en el artículo 21 de la Convención, en perjuicio de los miembros de la Comunidad *Awas Tingni*».

El juez Sergio García Ramírez en voto concurrente escribe: «Es indispensable observar que estos derechos comunitarios, que forman parte entrañable de la cultura jurídica de muchos pueblos indígenas, y por lo tanto de sus integrantes, constituyen la fuente y el amparo de los derechos subjetivos individuales. En suma, existe una íntima e indisoluble vinculación entre los derechos de ambos órdenes —individuales y colectivos—, de cuya vigencia efectiva depende la genuina tutela de las personas que forman parte de los grupos étnicos indígenas». La sentencia de la Corte en el caso *Awas Tingni* marcó un parteaguas en el Derecho Internacional Indígena porque subraya por primera vez la estrecha relación entre los derechos humanos individuales y colectivos de los pueblos indígenas con respecto al derecho de propiedad de la tierra.

En el caso de la comunidad Yakye Axa en Paraguay (2005), la Corte decide:

«Si bien el Paraguay reconoce el derecho a la propiedad comunitaria en su propio ordenamiento, no ha adoptado las medidas adecuadas de derecho interno necesarias para garantizar el uso y goce efectivo por parte de los miembros de la Comunidad Yakye Axa de sus tierras tradicionales y con ello ha amenazado el libre desarrollo y transmisión de su cultura y prácticas tradicionales».

La Corte concluye que el Estado violó el artículo 21 de la Convención Americana en perjuicio de los miembros de la Comunidad Yakye Axa. Y si bien a la Corte no le compete determinar cuál es el territorio tradicional de la Comunidad indígena Yakye Axa, sí establecer si el Estado ha respetado y garantizado el derecho a la propiedad comunal de sus miembros. Por la razón anterior, corresponde al Estado delimitar, demarcar, titular y entregar las tierras, de conformidad con la sentencia de la Corte. El Estado deberá identificar el territorio tradicional de los miembros de la Comunidad indígena Yakye Axa y entregárselo de manera gratuita, en un plazo máximo de tres años contados a partir de la notificación de la sentencia; mientras los miembros de la Comunidad indígena Yakye Axa se encuentren sin tierras, el Estado deberá suministrarles los bienes y servicios básicos necesarios para su subsistencia; y el Estado deberá crear un fondo destinado exclusivamente a la adquisición de las tierras a entregarse a los miembros de la Comunidad indígena Yakye Axa, en un plazo máximo de un año contado a partir de la notificación de la sentencia. El Estado deberá también implementar un programa y un fondo de desarrollo comunitario, y deberá adoptar en su derecho interno, en un plazo razonable, las medidas legislativas, administrativas y de cualquier otro carácter que sean necesarias para garantizar el efectivo goce del derecho a la propiedad de los miembros de los pueblos indígenas».

Las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en los recientes casos señalados en los que han intervenido algunas comunidades indígenas de los países latinoamericanos, subrayan una nueva jurisprudencia muy significativa para estos pueblos y para el desarrollo de los derechos humanos en el continente. En primer lugar, la Corte reconoce los derechos colectivos de los pueblos indígenas, con lo cual toma como propio uno de los principios que ya se encuentra en la Declaración de la ONU sobre los derechos de los pueblos indígenas (cuya adopción ha sido posterior a las sentencias mencionadas de la Corte). Es importante señalar esta circunstancia, ya que aún persiste en muchas instancias la doctrina que insiste en que solamente deben ser tomados en cuenta los derechos individuales, es decir, de los miembros de alguna comunidad indígena o tribal, y no de los de la

colectividad entera como un ente sociológico y cultural y por lo tanto que puede y debe ser considerado como sujeto de derecho y de derechos. Las sentencias de la Corte establecen claramente la interrelación entre lo individual y lo colectivo cuando se trata de los derechos de los pueblos indígenas.

En segundo lugar, la jurisprudencia de la Corte descansa sólidamente en el reconocimiento del derecho de propiedad de las comunidades indígenas sobre sus tierras y territorios tradicionales y ancestrales, derecho que con alguna frecuencia ahora se encuentra en la legislación doméstica, pero que igualmente es violado mediante disposiciones jurídicas o administrativas adversas a estas comunidades.²

En 2010, la Corte falló a favor de la comunidad indígena Xákmok Kásak de Paraguay que reclamaba desde tiempos atrás la restitución por el gobierno de tierras ancestrales sustraídas por una empresa particular. La Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha emprendido acciones de protección a las comunidades indígenas, tales como recomendaciones a los gobiernos y medidas cautelares, aún antes de llevar casos a la Corte. Para lograr estos avances, fue necesario que las organizaciones indígenas tuvieran la capacidad de litigar en favor de los pueblos, generalmente con el apoyo de seleccionadas asociaciones de derechos humanos de la sociedad civil y de bufetes jurídicos dispuestos a litigar en los niveles nacional e internacional por una causa de justicia y de equidad. Estas coyunturas se han dado solamente en los últimos años, y se han intensificado desde la adopción de los instrumentos jurídicos internacionales mencionados anteriormente.

Con la apertura de estas oportunidades se ha vuelto más urgente la preparación y formación de defensores de los derechos indígenas, porque los litigios no terminan con una sentencia de la Corte Interamericana, por muy favorable que parezca. Los problemas se complican porque los procedimientos ante los tribunales tienden a extenderse a veces por muchos años, y aún cuando los resultados sean favorables para los indígenas, la parte estatal y los particulares interesados con frecuencia encuentran maneras de incumplir estas sentencias.

En otras regiones del mundo la cuestión de las tierras de los pueblos indígenas también se plantea, pero los avances en su reconocimiento y respeto son más lentos. La Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, organismo dependiente de la Unión Africana, estableció un Grupo de Trabajo sobre Poblaciones/Comunidades Indígenas en África en 2000 y

² STAVENHAGEN, Rodolfo (2010), «La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en materia de derechos de los pueblos indígenas», *Cuadernos DECA*, Observatorio de los Pueblos Indígenas, Instituto de Estudios de las Culturas Andinas, Puno, Perú, 2010, pp. 61-99.

ha informado regularmente sobre la situación del derecho a la tierra de estos pueblos. En algunos países africanos se han logrado avances. En Kenia, por ejemplo, la nueva Constitución del 2010 reconoce los derechos a la propiedad comunitaria de los pueblos pastores y semi-nómadas que representan la cuarta parte de la población nacional, pero la consolidación de estos derechos aún no se ha logrado ante los empujes de la privatización y la individualización de la propiedad de las tierras que se ha implantado desde hace muchos años. La Comisión Africana dictó un fallo importante en febrero de 2010 a favor de la comunidad indígena Endorois que había sido desplazada forzosamente por el gobierno keniano desde la década de los setenta. La Comisión decidió que su desplazamiento fue ilegal y constituyó una violación de sus derechos humanos, entre ellos el derecho a su tierra ancestral. Sin embargo, la implementación de la restitución exigida por la Comisión al gobierno de Kenia aún no se había realizado en el momento de redactar estas páginas.

El modo de vida nómada y semi-nómada de los pueblos pastores de las regiones desérticas de África del norte y África oriental (Etiopía, Sudán, Somalia, Kenia, Uganda) es campo contencioso en materia de derechos a la tierra y la propiedad. Desde la época colonial, los Estados, y posteriormente los intereses privados, han intentado sedentarizar a estos pueblos indígenas, negándoles el libre acceso a sus territorios de pastoreo y trashumancia tradicionales. En Etiopía el Gobierno ha desarrollado una estrategia para incrementar la producción agrícola mediante alquileres de tierras a gran escala a inversores extranjeros (tales como compañías de Arabia Saudí, India y China) que, a cambio, construirán escuelas, clínicas e instalarán electricidad en las comunidades.

Según el informe *El Mundo Indígena 2011*, la tragedia que se está fraguando con tal iniciativa es que todas estas disposiciones llevarán a la destrucción de los sistemas de sustento de miles de comunidades pastoralistas del oeste y suroeste de Etiopía, que perderán su tierra por el mero hecho de garantizar esta supuesta «transformación». Dicha política no contempla ninguna compensación al respecto y, por consiguiente, las comunidades pastoralistas serán desarraigadas de su tierra ancestral sin disponer de ninguna otra alternativa.³

Lo mismo está sucediendo en países del Medio Oriente. En el desierto del Negev en el sur de Israel, la población árabe beduina (ciudadanos de Israel desde la creación de este Estado en 1948) se ha visto orillada a la reducción en centros urbanos planificados y el gobierno ha destruido sus

³ INTERNATIONAL WORKING GROUP FOR INDIGENOUS AFFAIRS (2011), *El Mundo Indígena 2011*, Copenhague, IWGIA, p. 15.

asentamientos «no reconocidos,» ya que no reconoce su derecho tradicional a las tierras que vienen ocupando desde hace siglos ni su calidad de pueblos indígenas. El Relator Especial para los Derechos de los Pueblos Indígenas de la Organización de las Naciones Unidas informó en 2011 acerca de esta situación al Consejo de Derechos Humanos de la ONU.⁴

No ha sido posible obtener un consenso entre los Estados de Asia en torno al concepto de pueblos indígenas. Por lo general, en la región se ha utilizado desde hace muchas décadas el término de minorías étnicas o minorías nacionales para referirse a la gran multiplicidad de pueblos de culturas distintas que habitan en esta región. Los gobiernos, por lo general, han sido renuentes a utilizar el término de pueblos indígenas para referirse a grupos de población con identidades distintas a las de los pueblos mayoritarios o dominantes en sus países. En consecuencia, también ha sido difícil que estos Estados les reconozcan derechos especiales —particularmente el derecho a la tierra—. Sin embargo, en años recientes se han dado algunos cambios que los observadores califican de ligeros progresos en la materia. Los Estados asiáticos difieren en cuanto al reconocimiento y el estatus legal que se otorga a los pueblos indígenas en sus propios países y en la terminología aplicada para hacer referencia a estos grupos en sus políticas y legislación nacionales. Por tanto, dependiendo del país, se les denomina «tribales» o «pueblos tribales», «tribus del monte», «tribus protegidas», «nativos», «minorías étnicas», «nacionalidades minoritarias» o de alguna manera similar. También se emplean términos específicos en las lenguas nacionales, como *adivasis* (habitantes originales) en India y Bangladesh, *orang asli* (pueblos originarios) en Malasia o *janajata* en Nepal.

En épocas coloniales, algunos pueblos indígenas recibían un estatus legal especial en países como Bangladesh, India, Indonesia, Malasia y Myanmar. No obstante, tras la independencia muchos países asiáticos instauraron el principio de «unidad nacional» para suprimir cualquier reconocimiento específico de los pueblos indígenas como tales, pero este enfoque ha comenzado a cambiar en años recientes. En varios países los pueblos indígenas están reconocidos en la Constitución o son objeto de leyes especiales, como es el caso de la Constitución de India (1950), que se refiere a los pueblos indígenas o *adivasis* como «tribus protegidas»; la Constitución de Malasia (1957), que incluye disposiciones especiales en relación con los «nativos» de Sabah y Sarawak; la Ley de Derechos de los Pueblos Indígenas (LDPI) de Filipinas (1997) y la Ley de la Tierra en Camboya (2001). En Nepal se aprobó la Ley de la Fundación Nacional para el Desarrollo de las Nacionalidades Indígenas (Ley FNDNI) en 2002, y además la Constitu-

⁴ UN Doc. A/HRC/18/35/Add.1, p. 24.

ción interina de 2006 reconoce a los pueblos indígenas. La Constitución de Pakistán (1973) reconoce áreas tribales administradas federal y provincialmente e involucra a las autoridades tribales en los procesos de toma de decisiones en dichas zonas. En otros países los pueblos indígenas son denominados minorías étnicas y se les otorga un tratamiento legal similar al de otros grupos minoritarios, como es el caso de China, Vietnam o Laos. Por otro lado, en algunas naciones, aunque no se reconoce explícitamente a los indígenas como colectividades diferentes, pueden tener un estatus legal definido. En Indonesia, la mayoría de los grupos que entran en el derecho consuetudinario (Adat) se identifican a sí mismos como pueblos indígenas. En Japón, los ainu no se consideran oficialmente como pueblos indígenas en la Ley de Promoción Cultural Ainu de 1997, pero diversos fallos judiciales han afirmado sus derechos con base en normas internacionales de derechos indígenas. En junio de 2008 el Parlamento de Japón formalmente reconoció a los Ainu como pueblo indígena con su propia cultura, pero no le reconoció derechos específicos. En Malasia los tribunales han afirmado la propiedad aborigen de los orang asli sobre sus tierras tradicionales.

Algunas de las manifestaciones más graves de la violación a los derechos humanos de los indígenas en el Sureste Asiático tiene que ver directamente con la acelerada pérdida de sus tierras y territorios, proceso que, si bien afecta a grupos indígenas en todo el mundo, es especialmente marcado en el contexto asiático. Los proyectos de desarrollo, el arrendamiento de plantaciones, las concesiones para la tala de bosques y el establecimiento de áreas protegidas han sido factores importantes en la creciente pérdida de tierras indígenas y en la expulsión masiva de estos pueblos de sus territorios tradicionales, la degradación de su ambiente y el aumento de la pobreza y la migración.

La ocupación ilegal de tierras en Camboya se ha convertido en un dramático ejemplo de una tendencia que también se observa en otros países asiáticos. A pesar de que la Ley de Tierras de 2001 incorpora diversas disposiciones avanzadas relativas a las tierras comunitarias indígenas, las comunidades están perdiendo sus terrenos a un ritmo alarmante debido a concesiones económicas, la transferencia ilegal de tierras y la corrupción del Gobierno. Esta dinámica se acrecienta en las provincias de Ratanakiri y Mondulakiri, con gran densidad de población indígena, donde el despojo de tierras indígenas ha resultado en mayores índices de pobreza y la migración forzada.

En Filipinas, la Ley de Pueblos Indígenas (1997) reconoce los derechos de estos pueblos sobre sus tierras y territorios ancestrales e incorpora un proceso de demarcación y adjudicación de la propiedad mediante el otorgamiento de Certificados de Título de Dominio Ancestral (CTDA). El proceso es lento y se calcula que tardará casi 25 años en emitir los títulos co-

respondientes a las solicitudes existentes. Entre los motivos de la lentitud de este proceso se cuenta un traslape entre las áreas de dominio ancestral y los terrenos arrendados para minería, explotación agroforestal, tala forestal y pastura.

La tala comercial, tanto ilegal como respaldada por el Gobierno, es una de las grandes razones por las que los indígenas pierden tierras prácticamente en todos los países de la región. Por ejemplo, en Bangladesh, India, Indonesia, Filipinas y Tailandia, los bosques se consideran propiedad del Estado y las comunidades indígenas no cuentan con una instancia legal para oponerse a las políticas del Gobierno en este aspecto o para buscar compensación cuando pierden sus tierras tradicionales.⁵

Destrucción ambiental y supervivencia

Como consecuencia de la expansión del capitalismo depredador en prácticamente todas las regiones del mundo, los pueblos indígenas están expuestos cada vez más a los impactos destructores de la economía extractivista petrolera y minera, las grandes obras y megaproyectos, la deforestación masiva, las plantaciones de monocultivos, las obras de infraestructura, la urbanización desenfrenada. Si bien la progresiva destrucción de la selva amazónica ha sido denunciada desde hace décadas, los cambios ecológicos en zonas boreales del norte y del sur así como en la región ártica, en los ríos y las costas tropicales o semitropicales, han sido igualmente devastadores para las poblaciones indígenas. Los relatores especiales de la ONU para los derechos de los pueblos indígenas han recibido centenares de quejas a lo largo de los años, y otras muchas se ventilan en las sesiones anuales del Foro Permanente sobre Cuestiones Indígenas. Actualmente, con el acceso a los medios electrónicos y al internet, las organizaciones indígenas y las asociaciones civiles de derechos humanos asumen las tareas de denunciar, difundir, investigar y documentar los numerosos casos en que ocurren violaciones a los derechos humanos individuales y colectivos de los indígenas. Con frecuencia estas organizaciones inician procesos ante las autoridades involucradas, confrontan a las grandes corporaciones transnacionales y a los organismos financieros multilaterales involucrados en dichos negocios.

Algunos de los casos que en los últimos años recibieron atención mediática son los siguientes:

⁵ Ver STAVENHAGEN, Rodolfo (2009): «Consideraciones generales sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los pueblos indígenas en Asia», *Estudios de Asia y África*, n.º 139, vol. XLIV, mayo-agosto de 2009, n.º 2, México, El Colegio de México, pp. 317-343.

Desde hace varios años el Gobierno del Brasil decidió construir la central hidroeléctrica Belo Monte sobre el río Xingú en Pará. En febrero de 2011 fue concedida la licencia para su construcción, lo que constituye una clara violación de la Declaración de los Derechos de los Pueblos Indígenas. La represa y planta industrial será un colosal e ineficiente elefante blanco, que desplazará a más de 20,000 indígenas y contribuirá a la destrucción ambiental de la región. El gobierno brasileño no realizó las consultas previas con los pueblos indígenas. Estos y la sociedad civil en Brasil han emprendido una larga lucha para impedir que este potencial desastre ambiental y humano tenga lugar.

Wirikuta es un lugar sagrado para el pueblo Wixárika (huichol) del occidente de México, que ha sido declarado patrimonio de la humanidad por la UNESCO. Ahora un consorcio de empresas mineras canadienses y mexicanas, alentadas por el gobierno mexicano, ha comenzado a explorar minas de oro y plata, en contra de los intereses y los deseos de la población local. La actividad minera tendrá efectos negativos importantes sobre el medio ambiente natural y las condiciones de vida de la población local. Las organizaciones indígenas y sus aliados en la sociedad civil se han organizado para que no prosiga este proyecto violatorio de sus derechos humanos.

De la misma manera, empresas canadienses están explotando minas de oro en regiones indígenas y negras de Colombia, con efectos semejantes y contrarios a los derechos de los pueblos que habitan en la región. La situación ha conducido a conflictos entre estas empresas y los emberá del departamento de Caldas y la población negra del norte del Cauca. Un resultado de esta circunstancia es la lucha unificada de indígenas y negros por sus derechos humanos.

Pronunciamiento de Pueblos y Comunidades Afectadas por los Megaproyectos Mineros en el Departamento de La Guajira, Colombia, reunidos ente el 18 y 20 de noviembre de 2011 en el Resguardo Indígena Wayuu Provincial, Municipio Barrancas:

Antes de que llegara la economía minera, había tranquilidad en nuestras comunidades, se vivía mejor, había animales para el ejercicio de la cacería, practicábamos la pesca y la agricultura. Sin embargo, con la llegada de la industria minera acompañada de la promesa de progreso y desarrollo, se iniciaron los despojos a las comunidades; en ningún momento se hicieron procesos de consultas ajustados a la Constitución, los tratados internacionales ni nuestras leyes y normas de origen; es claro que las autoridades y empresarios violaron completamente todos los estándares de derecho de los pueblos indígenas Wayuu, afro descendientes y a la participación de las comunidades campesinas. Este despojo lo han padecido comunidades como: El Espinal, Palmarito, Cabeza de Perro, Sojori, Tabaco, Chancleta, Roche, Patilla, Zarahita, Manantial, Caracolí, Oreganal, Las

Casitas, Barrancón y el Descanso, sin que a la fecha hayan recuperado su territorio o lo tengan sin la titulación correspondiente y con graves afectaciones en su cultura y tejido social, lo cual limita el goce de sus derechos como personas y miembros de comunidades. El Estado colombiano no ha protegido los derechos de las comunidades al territorio, a la participación, a la cultura, a la salud, ni a la propiedad colectiva ni individual.

La extracción minera a gran escala en nuestros territorios y al lado de ellos, ha afectado las culturas del pueblo Wayuu, afrodescendientes y campesinos; sumada a esta situación, la empresa el Cerrejón con auspicio del Estado Colombiano pretende desviar el cauce del río Ranchería del cual dependen los Municipios de Barrancas, Hatonuevo, Albania y Riohacha y sus corregimientos, Resguardos Indígenas y consejos comunitarios así como todas las comunidades y pobladores que habitan en el cauce del río.

Se observa con preocupación cómo el proyecto minero del Cerrejón por 35 años continúa desalojando del territorio a las comunidades nativas, contaminando el agua, el aire y el suelo, a través del polvillo del carbón el cual genera infecciones respiratorias que han llevado a la muerte a un número considerable de pobladores y miembros de las comunidades, contaminación visual por la modificación del paisaje y auditiva por los ruidos que producen las maquinarias y la voladura de los explosivos.

En estos momentos las empresas interesadas están impulsando reuniones para la expansión del proyecto minero del Cerrejón y la desviación del río Ranchería en busca de explotar el carbón, sin importar los graves impactos que este proyecto traerá para los guajiros y las guajiras, por el desabastecimiento de agua, contaminación de aire, el agua y el suelo; la pérdida de biodiversidad, la ruptura de la cultura y los tejidos sociales y del territorio en general. Hoy nos vemos frente al inminente riesgo de que la Guajira desaparezca en pocos años, si no le ponemos freno a la ambición desmedida de las empresas y la complicidad del Estado que nos quieren dejar sin donde colgar el chinchorro⁶.

En 2006, el que esto escribe, a la sazón relator especial de las Naciones Unidas para los derechos de los pueblos indígenas, realizó una misión al Ecuador e informó lo siguiente al Consejo de Derechos Humanos de la ONU:

Un caso emblemático es la comunidad indígena kichwa de Sarayaku asentada en la provincia de Pastaza en la Amazonía. El territorio ancestral del pueblo de Sarayaku fue reconocido por Ecuador legalmente en el año 1992. Cuatro años más tarde el Estado celebró un contrato de participación con la empresa argentina Compañía General de Combustibles (CGC), para la exploración y explotación petrolera de una superficie de 200.000 hec-

⁶ Ver <http://notiwayuu.blogspot.com/2011/11/pronunciamento-de-pueblos-y.html>

táreas, llamada Bloque 23, en Pastaza. El 65% de este bloque comprende el territorio ancestral del pueblo de Sarayaku y otras comunidades indígenas. Sarayaku denuncia que el contrato fue suscrito sin consultar a la comunidad y sin haberse obtenido su consentimiento previo e informado.

Entre 1999 y 2001, el nivel de petróleo en los ríos de los que los residentes locales dependen para el uso cotidiano aumentó, según se alega, de 200 a 300 veces más de los límites establecidos para el consumo humano. Se han recibido informes en los que se afirma que los pueblos indígenas de la región continúan sufriendo una crisis de salud en aumento, alcanzando unos índices de cáncer hasta 30 veces más altos que en otras zonas del Ecuador no expuestas a la actividad petrolera. La situación de la Comunidad de Sarayaku fue objeto de una comunicación del Relator Especial al Gobierno del Ecuador en la que expresó su profunda preocupación por la situación del pueblo Sarayaku y pidió al Gobierno que adoptase todas las medidas preventivas necesarias para proteger sus derechos humanos y en particular para asegurar su participación en los procesos de adopción de decisiones sobre cuestiones que afectan directamente sus vidas.

El conflicto se presenta por el contrato de explotación y exploración petrolera entre el Gobierno y la empresa. Sarayaku no fue consultada y se alega el incumplimiento del Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo, ratificado por Ecuador. Sarayaku también denuncia el no cumplimiento de un acuerdo entre la CGC, la comandancia de policía de Pastaza y las organizaciones indígenas para el respeto de los territorios ancestrales de Sarayaku. El pueblo ha protestado y exige el retiro de la empresa, aunque hay miembros de otras comunidades indígenas en el territorio de Sarayaku que desean mantener una relación de trabajo con la empresa, que les proporciona ingresos y algunos servicios. A raíz de ello, se ahondaron las divisiones entre grupos al interior de la comunidad.

En 2003, el entonces dirigente de la comunidad denunció haber recibido amenazas y además la militarización del territorio y el hostigamiento permanente a sus miembros por parte de grupos de seguridad privada al servicio de la empresa. El caso fue llevado a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos que solicitó al Gobierno medidas cautelares a favor de los miembros de la comunidad. Al no recibir respuesta satisfactoria del Estado y continuar las amenazas, la Comisión decidió ampliar y extender las medidas cautelares, y finalmente llevó el caso a la Corte Interamericana de Derechos Humanos, solicitando a esta medidas provisionales a favor de la comunidad. En julio 2004 la Corte Interamericana de Derechos Humanos ordenó medidas provisionales y resolvió requerir al Estado ecuatoriano para que adoptara las medidas que fueran necesarias para proteger la vida e integridad personal de los miembros del pueblo de Sarayaku. Dichas medidas fueron reiteradas por la Corte en su resolución

de junio de 2005, generando una respuesta limitada por parte de las autoridades.

También se denunciaron violaciones a los derechos culturales de la comunidad, como la colocación de cargas explosivas en el territorio de Sarayaku para la prospección sísmica de la empresa petrolera, la destrucción de sitios sagrados y el bloqueo del tránsito por el río que usan los miembros de la comunidad para viajar, así como la destrucción del bosque y de plantíos. El Estado ecuatoriano negó que se hubiesen producido las diversas violaciones alegadas por la comunidad y alegó, a su vez, que la comunidad no agotó los remedios internos disponibles. El gobierno informó al Relator Especial que ha hecho algunas propuestas para lograr el retiro de las cargas explosivas, pero considera que el costo de la operación sería muy alto para la economía del país.

En marzo de 2006, ante una nueva audiencia en la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, los representantes del Estado ecuatoriano presentaron una solución amistosa a Sarayaku, que en síntesis consistía en el retiro voluntario de la empresa CGC del bloque 23, reconocimiento y la presentación de disculpas públicas por violaciones de derechos humanos cometidas en contra de Sarayaku, el establecimiento de un fondo económico para el centro-sur amazónico y la introducción de reformas al reglamento de consulta previa en materia de hidrocarburos.

El Relator Especial recibió testimonios de numerosas comunidades indígenas que denuncian los impactos negativos que han sufrido a raíz del incumplimiento de las empresas petroleras con las normas de protección de los derechos humanos y del medio ambiente. En las denuncias recibidas se involucra a las empresas Texaco, Occidental, Chevron, Repsol, Shell y Perenco entre otras. La nacionalidad cofán denuncia deterioro y contaminación ambiental en sus territorios, problemas de salud infantil y de nutrición como efecto de las actividades petroleras y reclama que existen presiones de la empresa ejerce contra los 30,000 cofanes afectados.⁷

Diversos estudios señalan que la Amazonía peruana vive un segundo «boom» de exploración de hidrocarburos cuya superficie en concesión va en camino de cubrir el 70 por ciento de la región, amenazando la biodiversidad y las poblaciones indígenas. En Brasil, en una carta dirigida al Presidente Lula contra la construcción de cinco centrales hidroeléctricas en la cuenca del río Tapajós, los indígenas munduruku expresaron: «No somos peces para vivir en el fondo del río, ni pájaros, ni monos para vivir en las ramas de los árboles. Déjennos en paz».

⁷ UN Doc. A/HRC/4/32/Add.2.

Aunque muchos Estados latinoamericanos se están volviendo cada vez más ricos, el Informe *Mundo Indígena 2011* señala que la situación de los pueblos indígenas de estos mismos países ha cambiado poco. Muy al contrario, mientras que el beneficio estatal proveniente de la explotación de los recursos naturales localizados en el territorio nacional está incrementando su PIB, los pueblos indígenas, en cuyas tierras se encuentran la mayor parte de estos recursos, están sufriendo cada vez más la grave usurpación de sus tierras por parte de compañías multinacionales⁸.

Múltiples testimonios adicionales podrían aportarse sobre otras instancias en las Américas (del norte y del sur) y en otras partes del mundo. La defensa de los derechos indígenas ante la intensificación de la explotación de los recursos naturales y de la destrucción ambiental a nivel global es un asunto de creciente complejidad.

En noviembre de 2011 tuvo lugar en Durban, Sudáfrica, la Conferencia intergubernamental sobre el cambio climático COP17. Diversos representantes indígenas de distintas partes del mundo acudieron a este encuentro para presentar los puntos de vista de los pueblos indígenas. El mensaje que el caucus indígena trasladó en esta ocasión ante la Sala de Conferencias de la COP17 fue la priorización de la consolidación de los territorios de los pueblos indígenas y la gestión basada en el Buen Vivir de los ecosistemas estratégicos, para detener el cambio climático. Esto implica detener la destrucción de la naturaleza y los territorios por las actividades extractivas, agroindustrias, biocombustibles y megaproyectos, así como asumir las indemnizaciones respectivas. Los magros e insuficientes resultados de la COP17, debido a las presiones de los países ricos y poderosos, dejaron profundamente decepcionados y preocupados a los delegados indígenas, quienes temen que en el futuro su situación se verá aún más deteriorada⁹.

La Declaración de los Pueblos Indígenas del Mundo ante la COP 17, emitida al finalizar el encuentro, anuncia:

Nosotros, los pueblos indígenas del mundo, unidos ante la urgencia de la crisis climática y frente a la falta de voluntad política de los Estados, principalmente de los mayores emisores de gases de efecto invernadero, demandamos la inmediata adopción de acuerdos vinculantes con responsabilidades diferenciadas pero compartidas, a fin de detener el calentamiento global y definir modelos alternativos de desarrollo en armonía con la Madre Tierra.

Desde hace décadas los pueblos indígenas hemos advertido que los cambios climáticos confirman el quiebre de la relación armónica entre los hombres y la Madre Tierra, poniendo en peligro el futuro de la humanidad

⁸ IWGIA: *El Mundo Indígena 2011*, op. cit.

⁹ <http://www.movimientos.org/enlace/>

en pleno. Es todo un modelo de civilización el que está en crisis, aquel que se inició hace 500 años con el saqueo de los bienes naturales para el enriquecimiento y la acumulación de capital. La alternativa es cambiar el sistema, no el clima, apostando por un nuevo paradigma civilizatorio, por el Buen Vivir, en armonía entre los pueblos y la Madre Naturaleza.

Nuestras propuestas:

- Reconocer y respetar la libre determinación de los pueblos indígenas, particularmente nuestros derechos a los territorios y bienes naturales, de conformidad con la Declaración sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas de la ONU.
- Asegurar y garantizar la participación plena y efectiva de los pueblos indígenas en todos los niveles, respetando los procesos basados en la consulta y el consentimiento previo, libre e informado, de conformidad con la Declaración sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas de la ONU.
- Reconocer, respetar y fortalecer la contribución fundamental de los conocimientos, innovaciones y prácticas tradicionales de los pueblos indígenas.
- Revisar las concepciones de desarrollo basadas en la acumulación de riquezas que acentúan la explotación sin límite de los bienes naturales.

Si bien algunos Estados ahora ya disponen de legislación protectora del medio ambiente y de los derechos indígenas, el propósito declarado de muchas políticas públicas es aumentar la producción, acelerar el crecimiento económico, atraer inversiones extranjeras y mejorar la competitividad económica y comercial de las economías nacionales. Estos objetivos y las políticas que se llevan a cabo entran frecuentemente en conflicto con el conjunto de los derechos humanos —sociales, económicos, culturales, ambientales etc.— que los Estados tienen la obligación de proteger. Estas contradicciones que se presentan a menudo desde el primer momento en que se inicia una inversión o se diseña un proyecto económico, no se refieren solamente a posibles incompatibilidades entre distintas legislaciones (por ejemplo, la ley de aguas, la de minería, la de tierras, la de inversiones públicas, la de derechos humanos, etc). También tiene que ver con intereses políticos y económicos poderosos que obtienen sus propósitos mediante formas diversas de presión, cohecho y corrupción de las cuales a final de cuentas son víctimas los pueblos indígenas cuyos recursos y territorios son despojados. Por ello los estudiosos hablan hoy de nuevas formas de colonización frente a las cuales los pueblos indígenas se defienden con los pocos instrumentos legales que tienen a su alcance.

Aunque el capital transnacional y algunos Gobiernos adoptan hoy en día un discurso ambientalista o ecológico («economía verde», «desarrollo

sustentable», «ecoturismo») los indígenas saben bien que ellos resultan ser los perdedores. Por ello han desarrollado un discurso antisistémico alternativo que va cobrando fuerza en sus seminarios, congresos y conferencias, en sus plataformas organizativas y al que también han llevado a los foros internacionales. El Estado Plurinacional de Bolivia propuso a la Asamblea General de la ONU en 2010 la adopción de una Declaración sobre los derechos de la Madre Tierra, en la que vienen trabajando las organizaciones indígenas. Vinculado a esta visión se plantea la estrategia de desarrollo del «buen vivir/vivir bien» en contraposición al crecimiento económico destructor de la Madre Tierra y violatorio de los derechos humanos de los pueblos indígenas. Ya se han abierto debates teóricos sobre este tema, pero no cabe duda que la puesta en práctica de modelos alternativos de desarrollo, sobre todo de cara a un sistema antagónico y hostil, no es asunto fácil. El concepto del «buen vivir» proviene de la cosmovisión indígena andina; en otras latitudes se maneja el término «desarrollo con identidad», que se refiere sobre todo a la idea de que debe haber estrategias de desarrollo que no sean destructivas de las identidades culturales de los pueblos indígenas.

El derecho a la consulta y al consentimiento previo

El Convenio 169 de la OIT establece la obligación de los Estados de obtener el consentimiento previo de los pueblos indígenas:

Art. 6. 1. Consultar a los pueblos interesados, mediante procedimientos apropiados y en particular a través de sus instituciones representativas, cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente;

2. Las consultas llevadas a cabo en aplicación de este Convenio deberán efectuarse de buena fe y de una manera apropiada a las circunstancias, con la finalidad de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento acerca de las medidas propuestas.

Por su parte, la Declaración de la ONU sobre los derechos de los pueblos indígenas señala:

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.

El derecho a la consulta libre, previa e informada (DCLPI) se ha vuelto uno de los temas más álgidos para los pueblos indígenas en los últimos

años. Se trata no solamente de un derecho procesal, como ha señalado el Relator Especial de la ONU, sino de un derecho sustantivo ya que de su cumplimiento depende que los pueblos indígenas puedan gozar los demás derechos humanos. A raíz de múltiples seminarios y proyectos con amplia participación de organizaciones indígenas, en algunos países se ha procedido a la reglamentación del DCLPI por la vía legislativa. En otros, las empresas y las instituciones públicas proceden a realizar sus propias consultas sin un respaldo legislativo especial. Según las persistentes quejas y denuncias de los pueblos indígenas, se siguen tomando decisiones legislativas y administrativas sin que medien las consultas previas, y mucho menos el consentimiento de los pueblos indígenas. También se denuncia que las leyes y reglamentos sobre la consulta previa carecen de mecanismos o procedimientos que aseguren el respeto a la plena participación de los pueblos indígenas. Bartolomé Clavero ha señalado estas anomalías en sendos proyectos en Bolivia, Colombia y Perú en donde ocurren no sólo inconsistencias en la ley sino mala fe entre los legisladores y funcionarios según el autor.¹⁰ Así se reglamenta y se aclara el asunto de la consulta previa, y se ignora en todo caso el consentimiento previo de los pueblos indígenas; los Gobiernos y las empresas siguen tomando decisiones que afectan los derechos de los pueblos de manera negativa y contradictoria.

Vinculado al derecho a la consulta encontramos el derecho de los pueblos indígenas a la participación, tema también relativamente novedoso en los debates sobre los derechos humanos indígenas. Este tiene aspectos jurídicos y también económicos, políticos y culturales. Se vincula, a su vez, al derecho de los pueblos indígenas a la libre determinación, tal como aparece en el artículo tercero de la DNUPI. Cómo ejercer el derecho de los pueblos a la libre determinación es una cuestión que debe ser analizada cuidadosamente y que requiere de negociaciones, legislaciones y decisiones políticas diversas entre diversos actores. Por lo pronto en los debates jurídicos se subraya que la libre determinación debe ser ejercida al interior de los Estados establecidos y no como instrumento para desmembrarlos. Así lo entienden los Estados, aunque algunas organizaciones indígenas insisten en que no debe haber ninguna restricción a priori al ejercicio de este derecho colectivo. En todo caso, el concepto que más ha sido ligado al de libre determinación es el de autonomía, un término que muchas comunidades y pueblos indígenas manejan para exigir aquellos espacios propios que les han sido negados históricamente, y que ahora en el marco de los nuevos derechos humanos reconocidos a nivel internacional, y aún a veces a nivel constitucional en los Estados existentes, se encuentra a su alcance. La Constitu-

¹⁰ Ver www.clavero.derechosindigenas.org.

ción de Bolivia establece varios niveles de autonomía en el país, entre los cuales se encuentra la autonomía indígena. En México, las comunidades indígenas en Chiapas controladas por el Ejército Zapatista de Liberación Nacional (EZLN) se han propuesto organizar sus autonomías al margen de la legislación nacional (por el fracaso de las negociaciones de paz de 1995 y la insuficiencia de la reforma constitucional de 2001). En otras regiones indígenas también se habla de autonomías municipales y regionales, pero las experiencias exitosas han sido pocas y frágiles hasta ahora. En el norte europeo el pueblo sami de Noruega, Suecia y Finlandia ha establecido un parlamento sami en cada uno de estos países y un consejo parlamentario sami regional que representa los intereses regionales de los sami ante los Estados mencionados. También están colaborando en la elaboración de un Convenio Sami que sería el primer tratado regional indígena en el mundo. Groenlandia fortaleció su autonomía frente al reino de Dinamarca con una nueva ley de autogobierno en 2009. En Canadá, las cuatro regiones inuit disponen de grados diversos de autonomía territorial y autogobierno; el más antiguo siendo Nunavut (1999), y Nunatsiavut (Labrador) en 2006.

El Mecanismo de Expertos sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas del Consejo de Derechos Humanos en su informe de 2010 afirma:

31. El derecho de los pueblos indígenas a la libre determinación es de diversas maneras pertinente a la participación en la adopción de decisiones. Los pueblos indígenas tienen derecho a adoptar sus propias decisiones independientes por las que determinen libremente su condición política y persigan libremente su desarrollo económico, social y cultural. La libre determinación es un proceso constante que garantiza la continuidad de la participación de los pueblos indígenas en los procesos de decisión y en el control sobre su propio destino.

Implica que las instituciones de adopción de decisiones deben estar concebidas de tal modo que los pueblos indígenas puedan decidir sobre sus asuntos internos y locales y participar colectivamente en los procesos de decisión externos de conformidad con las normas pertinentes de derechos humanos.

32. La libre determinación se reconoce también en el artículo 3 de la Declaración, que retoma los mismos términos de los Pactos y reconoce que los pueblos indígenas tienen derecho a la libre determinación. El principio de igualdad está igualmente consagrado en la Declaración, en cuyo artículo 2 se reconoce que los pueblos y los individuos «son libres e iguales a todos los demás pueblos y personas» en el ejercicio de sus derechos.

33. La Declaración también reconoce, en su artículo 4, el derecho conexo de los pueblos indígenas a la autonomía o al autogobierno en las cuestiones relacionadas con sus asuntos internos y locales y aclara que el derecho de los pueblos indígenas a la participación va más allá del dere-

cho de los indígenas a participar en los procesos electorales en la mismas condiciones que los miembros de la población mayoritaria. El artículo 5 establece que el ejercicio de los pueblos indígenas de su derecho a la autonomía no limita de modo alguno su derecho a participar plenamente en la vida política normal del Estado...

73. Otros Estados han aumentado esa representación gracias a que en el parlamento se reservan algunos escaños para los representantes indígenas, lo cual puede entrañar también el establecimiento de distritos electorales especiales. Tal ha sido el caso, por ejemplo, en Aotearoa, Nueva Zelanda, desde 1867. Hay situaciones de grupos indígenas que, habiendo celebrado acuerdos políticos especiales, disfrutaban de representación política en los procesos locales. En otras circunstancias, si bien no existen obstáculos oficiales para la participación de los indígenas, las presiones históricas, estructurales y sociales han favorecido la participación de algunos grupos pero no de otros¹¹.

Como señala el informe 2011 de *El Mundo Indígena*, la usurpación de empresas en las tierras y territorios de los pueblos indígenas constituye, aún, una de las mayores amenazas a las que se enfrentan los pueblos indígenas de todo el mundo¹².

Ni el Convenio n.º 169 ni la Declaración tienen por sí mismos la fuerza suficiente para asegurar la protección de los derechos humanos de los pueblos indígenas. Deben ser desarrolladas estrategias diversas por las organizaciones y pueblos indígenas y sus aliados para poder incidir en las reformas legislativas y administrativas, las políticas públicas, los procesos judiciales así como en las relaciones sociales y económicas en la vida cotidiana. Con el tiempo se verá si los dos instrumentos del sistema de Naciones Unidas realmente llegarán a ser algo más que letra muerta.

Del derecho de libre determinación al derecho a la cultura

La discriminación cultural que han sufrido los pueblos indígenas a mano de los sistemas coloniales y los Estados nacionales es de sobra conocida. Se les ha tildado de «salvajes», «bárbaros», «poseídos por el demonio», «incivilizados», «incultos», entre muchos otros epítetos con los cuales se les ha querido excluir de las sociedades mayoritarias y dominantes, así como justificar su despojo y subordinación. La discriminación cultural, la exclusión social, la marginación política, el racismo en todos sus aspectos, constituyen elementos persistentes de la vida de los pueblos indígenas. A lo

¹¹ UN Doc. A/HRC/EMRIP/2010/2, mayo de 2010.

¹² IWGIA: *El Mundo Indígena 2011*, op. cit., p. 14.

largo del siglo veinte se impuso la ideología de la integración nacional, la modernización y la asimilación de los indígenas. Al mismo tiempo las políticas económicas y el crecimiento demográfico impulsaron la desintegración de las comunidades tradicionales y la emigración de las zonas pobres hacia los llamados polos de crecimiento. Muchas poblaciones indígenas se encontraron en la vorágine del cambio socio-cultural, perdieron su lengua, sus tradiciones, sus identidades y saberes ancestrales pero no lograron integrarse plenamente a las estructuras hegemónicas, alimentando a las poblaciones marginadas y subalternas de las manchas urbanas en expansión y lo que alguna vez se llamó el ejército industrial de reserva. Las relaciones interétnicas entre la población mayoritaria y los pueblos indígenas, cristalizadas en las estructuras y el ejercicio del poder, seguían siendo de tipo colonial, un colonialismo interno que se ha mantenido por décadas si no es por centurias.

Ante este proceso desintegrador acumulativo, se alzaron voces y movimientos de resistencia entre los pueblos indígenas (cuando menos desde mediados del siglo veinte) que cuestionaron los modelos de desarrollo y las llamadas políticas indigenistas. Al amparo del discurso de los derechos humanos que surgió después de la segunda guerra mundial como una doxa del sistema internacional, como diría Bourdieu, plantearon su derecho a tener derechos, según la célebre frase de Hanna Arendt. Esta lucha por sus derechos, desigual desde el inicio, pronto se asentó en dos vertientes: la demanda por la igualdad de derechos que se inscribe grosso modo en el modelo asimilacionista de corte individualista, y la demanda por el derecho a la diferencia que se inscribe en el concepto del derecho de los pueblos y se asienta en la noción de los derechos colectivos.

En esta segunda vertiente encontramos el discurso sobre el derecho a la cultura y a la identidad que subyace a los argumentos a favor de la propiedad comunitaria que ha desarrollado la Corte Interamericana de Derechos Humanos, el pluralismo legal o el derecho al derecho propio, y el rescate de los saberes y el conocimiento ancestrales que ya está integrándose al principio de la conservación del patrimonio cultural de la humanidad promovido, entre otros, por la UNESCO. De esta manera el derecho a la cultura propia aparece en la época actual como un derecho humano fundamental de los pueblos indígenas en su proceso de liberación y emancipación.

La construcción del derecho a la cultura se hace no sin dificultades. En primer lugar debe cuestionar la idea de la «cultura universal» que ha sido utilizada por los agentes poderosos del mundo occidental para someter a los excluidos, es decir, a los indígenas. En segundo lugar, plantea el debate en torno a los derechos humanos desde la perspectiva del relativismo cultural, concepto que es cuestionado a su vez por quienes promueven la idea del universalismo de los derechos humanos. (¿Es defendible una práctica cul-

tural que puede violar un derecho humano individual, como por ejemplo el trato dado a las mujeres en algunas sociedades islámicas?) En tercer lugar, es evidente que las culturas cambian y rara vez son estáticas; los antropólogos hablan hoy de la hibridización cultural como un fenómeno ubicuo. ¿En estas circunstancias, quiénes son los sujetos del derecho a la cultura, cómo se ejerce y quién o quiénes asumen la obligación de proteger este derecho? Sin embargo, el Derecho internacional lo proclama y los pueblos indígenas lo reclaman.

La UNESCO ha establecido que el respeto a la diversidad cultural es un imperativo ético de nuestro tiempo. Es en este marco que se han desarrollado las políticas multiculturalistas, hoy tan cuestionadas en Europa, Norteamérica y otras partes. Para los pueblos indígenas el derecho al multiculturalismo no significa simplemente la reificación de las identidades y el congelamiento de las diferencias, sino que expresa su anhelo de libertad y emancipación, su lucha contra la desigualdad y la pobreza, la marginación y la exclusión social y política.

A pesar de que los derechos indígenas han logrado algunos avances en recientes décadas, queda aún un largo camino por recorrer.

Derechos Humanos y Diversidad Cultural

Xabier Etxeberria*

En este texto nos proponemos abordar la conexión entre derechos humanos y diversidad, teniendo especialmente presente la diversidad indígena, pero abierta al conjunto de la diversidad que se da en los Estados en los que se sitúa.

1. Cosmovisiones e instituciones en el marco de los derechos humanos

La diversidad que estamos considerando es, decisivamente, diversidad cultural. Por eso entraremos en el tema dando cuenta de lo que ella implica y viendo cómo acaba conexionándose con los derechos humanos cuando de la perspectiva meramente descriptiva pasamos a la normativa.

Para empezar, conviene aclarar qué vamos a entender por cultura, distinguiendo en ella al menos dos ámbitos —puede distinguirse un tercero que no abordaremos: el instrumental—. ¹

- El primero de ellos es el cosmovisional, en el que se incluyen las creaciones que tienen que ver con el sentido que se confiere a la realidad global, a la vida, a la temporalidad y el devenir histórico, a la relacionalidad interhumana y con la Naturaleza, etc. Se expresa a través de imágenes, símbolos, relatos míticos, en la acepción más rica y positiva de este término. Ofrece a los miembros de una cultura una orientación, como individuos y como colectivo. Y esa orientación, que en unos aspectos adquiere la forma de invitación, en otros acaba revistiendo la forma de imperativo ético, de deberes que hay que cumplir, aunque orientados a la plenitud. El lenguaje valorativo y normativo se añade así al simbólico, imbricándose con él, armonizadamente en quien participa del mundo simbólico.

* Colaborador del Instituto de Derechos Humanos de la Universidad de Deusto.

¹ Tomo esta distinción/interconexión de niveles de Paul Ricoeur, aunque la desarrollo a mi modo en ETXEBERRIA, Xabier (2004): *Sociedades multiculturales*, Mensajero, Bilbao.

- El segundo ámbito es el institucional. Recoge el conjunto de formas estructuradas de existencia, a través de las cuales se pautan las relaciones entre los miembros de la comunidad cultural de acuerdo a determinados patrones. Suponen una regulación del ejercicio del poder y una normatividad remitida a él —en su concreción y en su exigibilidad—. La regulación implica una distribución (y, en niveles variados, concentración) de poder entre determinados miembros de la comunidad, presuponiéndose que está al servicio del bien común. En cuanto a la normatividad, como se ve, vuelve a aparecer, pero ahora acompañada de coactividad externa, la que procede de ese poder que la exige. Esto puede dar lugar a abusos, con lo que emerge la gran ambigüedad, ínsita en las instituciones: se nos muestran imprescindibles para el interés general y, a su vez, pueden expresarse como la dominación más dura al servicio de intereses particulares. El ámbito institucional, como el cosmovisional, varía muy notablemente en las diversas culturas. Pero todas suelen tener instituciones, complejamente relacionadas entre ellas, relativas a lo religioso, lo familiar, lo político, lo económico, lo jurídico, etc.

Tras delimitar de este modo lo que entendemos por cultura, conviene destacar, en segundo lugar, que las relaciones entre el ámbito cosmovisional y el institucional pueden ser problemáticas. Por un lado, es imposible que no haya relaciones entre ellos: las instituciones necesitan encontrar su sentido y orientación en referentes cosmovisionales; y estos referentes, para que se hagan realidad en la vida personal y social, precisan del poder y la eficacia de las instituciones. Pero, por otro lado, no es fácil concretar positivamente esta relación: ¿deben las instituciones hacerse cargo, con la exigibilidad de su poder, de todo el mundo cosmovisional? ¿o no será eso indebidamente coactivo, por lo que, en el mejor de los casos, sólo tendrían que hacerse cargo de parte de él, dejando otra parte a las elecciones de los miembros de la comunidad cultural? Si se hace esta distinción, ¿en función de qué criterios? ¿No habrá que tener presente, además, que el mundo cosmovisional de una cultura no es monolítico —sólo lo es cuando resulta definido e impuesto por las instituciones de poder— sino que está abierto a márgenes significativos de pluralidad? Pero, por otro lado, ¿no habrá que tener presente también que ese mundo cosmovisional es un todo integrado e imbricado con el institucional del que no es fácil separar partes como si tuvieran autonomía y que es ese todo el que puede ser considerado como valioso?

Hay una tercera cuestión que emerge de este modo: si se presupone, según lo anterior, que cabe que haya criterios normativos para regular la presencia de lo cosmovisional en lo institucional, a fin de que la coactividad no exceda sus justos límites, ¿de dónde tienen que venir o dónde los encontra-

mos? ¿En cada una de las culturas y para ella? ¿No supone esto caer en un relativismo moral cultural que abre a la posibilidad de legitimar los mayores abusos contra el ser humano? Es desde preguntas como éstas desde las que aparece la necesidad de plantearse criterios transculturales mínimos, que se impondrían a todas las culturas. Pues bien, esa propuesta transcultural está ya entre nosotros en la forma de derechos humanos *universales*, con sus correspondientes deberes, por lo que a nuestro caso se refiere, para el ámbito institucional de todos los colectivos. Se presupone desde él que todos los grupos culturales tendrían que asumirlo e integrarlo en sus variadas instituciones, condicionando de este modo la presencia en ellas de su mundo cosmovisional; que tendrían que asumirlo también en su interrelación. ¿Hay que aceptar este criterio como válido sin más, se tiene derecho a rechazarlo, o habrá que aceptarlo si se replantea convenientemente su versión dominante? Dicho de otro modo: la diversidad cultural, ¿tendrá que afectar a la propia presentación de los derechos humanos o simplemente tendrá que acomodarse a lo que ellos piden? Es la pregunta clave a la que tendremos que hacer frente.

Antes, con todo, de entrar en ella, y como última observación introductoria, conviene mencionar el horizonte de la interculturalidad, puesto que en la investigación no contemplamos sólo la diversidad cultural separada (multicultural) sino la intención de interrelación entre los diversos. En otras palabras, la indagación pone en interpelación mutua a comunidades indígenas y a una tradición de derechos humanos gestionada decisivamente en el marco de la cultura occidental, para que interactúen con honestidad en torno a lo que debe ser con pretensión de universalidad, a fin de detectar qué tipo de pluralidad es admisible y cómo conviene que se relacionen sus diversas variantes. Es decir, nos estamos embarcando en un diálogo intercultural, que, para que sea correcto, tiene que presuponer condiciones de equidad.

2. Diversidad cultural y enfoque iusnaturalista de los derechos humanos

Para abordar el tema de la relación entre derechos humanos y diversidad cultural, conviene comenzar describiendo el punto de partida de lo que hemos denominado la tradición oficial y declarada de los derechos humanos, que no habrá que confundir con la tradición real completa y variada, que se especificará en su momento. Recuérdese a este respecto que el modo como arranca algo condiciona marcadamente su evolución.

Sintetizando mucho, puede decirse que esta tradición, desde el punto de vista reflexivo, comienza a manifestarse expresamente con el pensamiento ilustrado, con pensadores como Locke, Rousseau y Kant; y que política-

mente se consagra con las primeras declaraciones explícitas de derechos humanos: la norteamericana (Declaración de Virginia, de 1776) y la francesa (1789).

Pues bien, el sustrato argumental de los derechos que se van a proclamar es fundamentalmente iusnaturalista, y se va a sostener firmemente hasta el punto de que es también el dominante en la Declaración Universal de 1948. Lo que supone este iusnaturalismo moderno, que hay que distinguir del clásico, queda muy bien expresado en esta afirmación de Locke: «El estado de naturaleza tiene una ley de naturaleza que lo gobierna y que obliga a todos; y la razón, que es esa ley, enseña a toda la humanidad que quiera consultarla, que siendo todos los hombres iguales e independientes, ninguno debe dañar a otro en lo que atañe a su vida, salud, libertad o posesiones»² (Locke, 1994, n.º 6). En esta afirmación se contienen las siguientes tesis:

- Hay una *ley de la naturaleza*, por tanto, inmutable y universal, que obliga a todos los humanos.
- Se nos hace manifiesta en el ejercicio de la razón, la cual: 1) nos muestra que todos los individuos humanos somos, por naturaleza, formalmente *iguales e independientes*; 2) de lo que se desprenden nuestros *deberes universales* de no dañar la vida, la salud, la libertad y las posesiones personales de los otros. Locke entiende que esto es algo que brota con evidencia del análisis de las cosas.
- Estos deberes universales pueden ser reformulados como *derechos* que puedo reclamar a los otros: derecho a la vida e integridad psicofísica, a la libertad individual para definir y realizar mis proyectos de realización, y a las posesiones. Derechos que se sintetizan en el derecho a la *propiedad*: de mi vida, de mi libertad, de mis bienes.
- Se trata de derechos, por tanto, fundamentados en la naturaleza del ser humano, atributos de ésta, inmutables y universales como ella, derechos *naturales*.
- Además, son derechos que se nos muestran en negativo —«a que no nos dañen»—, no en positivo —«a que se nos ofrezcan recursos para potenciar su ejercicio»—. Nada apunta a los derechos sociales, que, desde la continuación estricta de enfoque, serán luego expresamente negados como «liberticidas»³.
- Precisamente para garantizar estos derechos a todos, hay que avanzar del estado de naturaleza a la constitución de una *sociedad civil*

² LOCKE, John (1994): *Segundo tratado sobre el gobierno civil*, Alianza, Madrid.

³ En su momento, irá apareciendo una versión igualitaria del liberalismo, que sí contempla estos derechos sociales como condición de posibilidad del derecho a la libertad.

(incluyendo la dimensión política), ordenada según la razón para salvaguardarlos a través de las correspondientes instituciones (democrático-liberales, frente a las de las monarquías absolutas).

Rousseau y Kant afinan decididamente estas tesis, con lógicas argumentales que les distancian del iusnaturalismo duro, pero no es éste el lugar para entrar en este tipo de matizaciones⁴. Lo que sí conviene subrayar, de cara a la tradición de derechos humanos que estamos analizando, es que el enfoque lockeano queda decisivamente completado y afinado con la propuesta kantiana de la universal *dignidad* de todos los humanos: «el hombre, y en general todo ser racional, existe como fin en sí mismo, no sólo como medio; en todas sus acciones debe ser considerado al mismo tiempo como fin. La moralidad y la humanidad, en cuanto que ésta es capaz de moralidad, es lo único que posee dignidad»⁵. Él no saca todas las consecuencias ético-políticas de su tesis, pero, ciertamente, pasa a ser una tesis clave en los derechos humanos: éstos se fundamentan en la dignidad y emanan de ella, como se reconoce expresamente en el preámbulo de los Pactos de 1966.

Hemos avanzado que este enfoque iusnaturalista impregna la Declaración Universal de 1948, aunque abriéndose moderadamente a los derechos sociales y formulándolo con más coherencia para evitar las discriminaciones que habían convivido con él, afectando decididamente, entre otros, a los pueblos indígenas. Es manifiesto en sus dos primeros artículos —claves—: «Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos, y dotados como están de razón y conciencia, deben comportarse fraternamente los unos con los otros. Toda persona tiene todos los derechos y libertades proclamados en esta Declaración, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o cualquier otra condición».

Estos artículos de la Declaración muestran, además, claramente, algo que subyace a todo el enfoque iusnaturalista, y que ha permanecido en bastantes de quienes lo han rechazado formalmente: la universalidad a la que remiten los derechos humanos así proclamados es la del *individualismo abstracto*. Los derechos humanos son declarados: 1) derechos del individuo; 2) poniendo entre paréntesis lo que le especifica como individuo concreto y, por tanto, lo que le diferencia de los otros. Para ver la relevancia que esto tiene con nuestro tema basta que pensemos en que al hablar de

⁴ Ver ETXEBERRIA, Xabier (1999): «El debate sobre la universalidad de los derechos humanos», en VV.AA.: *La Declaración Universal de Derechos Humanos en su cincuenta aniversario*, Universidad de Deusto, Bilbao, pp. 309-398.

⁵ KANT, Immanuel (1973): *Fundamentación de la metafísica de las costumbres*, Espasa Calpe, Madrid.

«derechos de los pueblos indígenas» estamos confrontándonos directamente con los dos supuestos.

El individualismo abstracto ha tenido la gran virtualidad de garantizar la universalidad de los derechos humanos, pero al coste de no prestar suficiente atención a la diversidad. Esto no quiere decir que la niegue, pero sí que la relega a la protección de una libertad que, luego, en su espacio privado de iniciativa, puede hacer lo que le pareciera oportuno, dentro del respeto a las otras libertades. Reconocimiento, pues, del derecho a la libertad que, en su ejercicio, genera individuos con diferencias según sus elecciones —autodeterminación—, a los que se respeta en cuanto tales. Es lo que pasó paradigmáticamente con el tema de la religión, tan relacionado con el mundo cosmovisional, que se mostró como uno de los primeros derechos a la libertad en la forma de libertad de religión⁶. Se formuló de este modo: 1) sepárese la religión del ámbito público y su correspondiente protección e imposición, para remitirla al privado; 2) exíjasele que ella no se considere con derecho a imponerse a las libertades, sino sólo con derecho a proponerse a ellas en los contextos privados y civiles; 3) respétese la elección de religión o no religión que haga cada individuo.

En realidad, el artículo de la DUDH que hemos citado, habla de otras diferencias, de condición, más que de elección, como las de raza o sexo, o incluso de diferencias culturales en las que puede mezclarse la condición y la elección, como las lingüísticas. Pero lo hace precisamente para pedir que todas se pongan entre paréntesis, que cuando nos relacionemos con personas determinadas por ellas, nos centremos en considerarlas personas humanas. Esto es, habla de la diferencia desde el criterio de la no discriminación. Es un criterio muy relevante, que debe ser un supuesto irrenunciable en la atención a la diversidad, pero que resulta tramposo para ésta si no es el mínimo tras el cual se aplican otros: «para comenzar —puede decir quien tiene una diferencia cultural—, trátenme como persona humana, sin discriminarme por esta diferencia; pero es que, además —puede añadir—, reclamo que se respete expresamente esa diferencia e incluso que se la ampare públicamente». En este momento, se ha desbordado el enfoque de no discriminación sustentado en el iusnaturalismo. ¿Es legítimo hacerlo?

Como vemos, pues, si desde el iusnaturalismo es difícil tratar la diferencia cultural es debido que postula derechos naturales que se consideran del ser humano desnudo de particularidades, esto es, «previos» a cualquiera de ellas. Lo que de esta lógica se desprende no es tanto la protección de estas diferencias, cuanto la exigencia de que se construyan o vivan de modos tales que no vayan en contra de ellos. Estos derechos naturales son más jue-

⁶ También Locke tuvo protagonismo en esto. Recuérdese su *Carta sobre la tolerancia*.

ces de las diferencias —especialmente culturales— que protectores de ellas. Aunque haya que advertir, por lo que se refiere a las diferencias construidas con la libertad, que sí las protegen indirectamente, al proteger la libertad frente a todo intento de forzarla externamente, frente a heterodeterminaciones.

Un primer paso hacia la acogida de la diversidad cultural en cuanto tal, en la tradición de los derechos humanos, puede verse en el reconocimiento de derechos de las minorías, como los lingüísticos. Pero el esquema argumental de fondo no cambia. Por ejemplo, se reconoce a una comunidad lingüística el derecho a hablar su lengua, con el correspondiente deber en los otros de respetarlo, pero como expresión del ejercicio de derechos civiles (de expresión, de reunión, de asociación, etc.) de un conjunto de individuos, de los que se remiten a esa lengua para su comunicación.

Habrà que esperar bastante⁷ para que esta tradición oficial de los derechos humanos acabe produciendo un documento como el de la «Declaración de Derechos de los Pueblos Indígenas» (2007), en la que, por ejemplo, se proclama que estos pueblos tienen derecho [colectivo] a practicar y revitalizar sus tradiciones y costumbres culturales y a transmitir las a las generaciones futuras, y a que los Estados pongan los medios eficaces para que el derecho se realice (ver arts. 11 a 13). Aquí, el reconocimiento del derecho a la cultura es ya pleno; aunque habrá que preguntarse si se han sacado todas las consecuencias de ello, de cara a los propios derechos humanos.

Antes, con todo, de avanzar en esa dirección, hagamos una referencia sintética a algunas de las razones por las que la fundamentación iusnaturalista de los derechos humanos va entrando en crisis, porque en buena medida van a tener que ver con el correspondiente reforzamiento de las perspectivas culturalistas, que nos sitúa en la pista que queremos explorar.

Una de las objeciones que se señala encuentra su lugar en las contradicciones internas del modelo. Se supone, por definición, que no tiene que haber más que una propuesta iusnaturalista, con unos mismos contenidos, encontrados por una razón común en una única naturaleza humana. Pues bien, se constata luego que hay al menos dos grandes propuestas: la clásica, inspirada en el pensamiento aristotélico y estoico, y la moderna, con marcadas diferencias entre ellas. Y que, si pasamos a los contenidos concretos, nos

⁷ Quizá puedan verse en el Documento final de la Conferencia de Viena (1993) los primeros intentos por plantearse seriamente la apertura a la diversidad cultural, siendo conscientes de que ello puede afectar a los contenidos de los derechos humanos introduciendo un cierto modo de variedad que no debe romper la universalidad. Por cierto, es también en este Documento en el que se considera a la dignidad no como «principio claro e incontestable» para la razón humana, como lo veían en general los ilustrados, sino como algo que reclama nuestra «fe»: fe en la dignidad. Es una muestra de que el iusnaturalismo va decayendo.