
EL ESTADO Y LOS PUEBLOS INDÍGENAS:
LA IMPORTANCIA HISTÓRICA DE
LA RESOLUCIÓN NO. 5/2012 DE LA
ILA (ASOCIACIÓN DE DERECHO
INTERNACIONAL)¹

SIEGFRIED WIESSNER

SUMARIO: I. *Introducción.* II. *¿Por qué Derechos Humanos Colectivos?* III. *El Desarrollo de los Derechos de los Pueblos Indígenas.* IV. *Resolución N°5/2012 de la ILA sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas.* V. *Conclusión.*

Resumen: El presente artículo argumenta la autenticidad de los derechos colectivos de los pueblos indígenas, ya que éstos están

¹Siegfried Wiessner, *El Estado y los derechos de los pueblos indígenas: La importancia histórica de la resolución No. 5/2012 de ILA*, in *DER STAAT IM RECHT. FESTSCHRIFT FÜR ECKART KLEIN ZUM 70. GEBURSTAG 1357* (M. Breuer et al. Eds, Duncker & Humblot, Berlin, 2013)

basados en la necesidad de perdurar y prosperar como cultura y no como unidad política o económica. Se mencionan y se explican los convenios, comisiones y declaraciones importantes en la historia de éstos derechos para comprender la trascendencia de la Resolución No. 5/2012 de la ILA, por sus siglas en inglés, la Asociación Internacional de Derecho.

Palabras clave: Derechos Humanos colectivos, pueblos indígenas, Eckart Klein, Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas.

Abstract: This article argues the authenticity of collective Human Rights of indigenous peoples, because these are based on the desire to flourish and last as culture and not as political or economic ideals. The most important covenants, committees and declarations in the history of these rights are also mentioned and explained in order to understand the transcendence of the No. 5/2012 Resolution by ILA (International Law Association).

Key words: Colective Human Rights, Indigenous peoples, Eckart Klein, United Nations declaration on the rights of indigenous peoples.

I. INTRODUCCIÓN

El Estado siempre ha ocupado un lugar privilegiado en la concepción que nuestro distinguido y homenajado, Profesor Eckart Klein tiene acerca de la visión del mundo, de las relaciones internacionales y del Derecho Internacional. Aunque no pretenda llegar tan lejos como Hegel al considerar al Estado como la realidad verdadera de la idea moral, él lo considera como el actor principal del derecho internacional. En un trabajo de ingenio y sabiduría ha explorado todas y cada una de las posibles relaciones entre el estado y el tiempo². Por otro lado, Eckart Klein es el primero en decir que los intereses individuales de los seres humanos limitan la capacidad legal de los estados para actuar con completa autonomía, afirmando así la prioridad de los seres humanos y de sus derechos, derivados de los valores del derecho internacional posteriores a la Segunda Guerra Mundial, que comenzaron a partir de la suscripción de la Carta de las Naciones Unidas de 1945³.

Motivado por las solemnes palabras del artículo 1º de la Ley Fundamental Alemana de 1949, Eckart Klein se esmeró en dar al concepto “dignidad humana” un significado que va mucho más allá de los límites de ese texto sin precedentes. Lo analizó desde un punto de vista comparativo e internacional⁴. Inspirado en la Declaración Universal de los Derechos Humanos, tal como se señala en el preámbulo, el mencionado término también fue la base de los dos pactos sobre Derechos Humanos de las Naciones Unidas de 1966. Eckart Klein tuvo el honor de participar como Miembro del Comité de Derechos Humanos en las Naciones Unidas desde 1995 hasta 2002⁵. En este puesto, dejó un legado duradero de interpretación de la codificación más importante de los

²E. Klein, *Staat und Zeit*, 2006.

³E. Klein, *Menschenrechte: Stille Revolution des Völkerrechts und Auswirkungen auf die innerstaatliche Rechtsanwendung*, 1996.

⁴D. Kretzmer/E. Klein (eds.), *The Concept of Human Dignity in Human Rights Discourse*, 2002.

⁵En lo referente a la estructura y su función, ver E. Klein, en: Volger (ed.), *A Concise Encyclopedia of the United Nations*, 2002, 229.

derechos humanos elementales. Durante muchos años desarrolló y dirigió el Centro Alemán de Derechos Humanos en la Universidad de Postdam. El programa LL.M sobre Derechos Humanos Interculturales en la Facultad de Derecho de la Universidad de St. Thomas tuvo el honor de contar con sus conferencias sobre el Pacto de Derechos Civiles y Políticos desde su creación en 2001. El profesor Klein también ha dirigido de manera brillante a algunos destacados doctorandos de nuestro programa LL.M.

Por lo tanto, no es una coincidencia que en esta contribución a este volumen se respeten los enfoques de Eckart Klein en un tema que le preocupa tanto, como lo es el concepto de derechos humanos. Estudia el reconocimiento de los llamados derechos humanos colectivos, concretamente en el caso de los pueblos indígenas, como la culminación del marco viable de derechos humanos, - comparable a la famosa declaración de Richard Thoma en la cual expresa que el derecho del individuo a contar con un recurso efectivo ante Tribunales constituye la piedra angular en la construcción de un Estado de Derecho. Esta contribución tiene como objetivo describir la necesidad de tales derechos colectivos (I), la evolución en el caso de los pueblos indígenas materializándose en la Declaración de la Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas de 2007⁶ (II), y su reconocimiento a través de la labor académica del Comité de la Asociación de Derecho Internacional sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, culminando en la adopción de la 75^a Reunión Bienal de la Asociación de Derecho Internacional en Sofía sobre la Resolución No. 5/2012 sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas⁷, la cual reconoció, por primera vez, los derechos colectivos de los pueblos indígenas en el marco del derecho internacional consuetudinario (III).

⁶Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, GA Res. 61/295, 13 de septiembre de 2007.

⁷Derechos de los Pueblos Indígenas, Resolución No. 5/2012, 75^a Reunión Bienal de la Asociación de Derecho Internacional, Sofía, adoptada el 30 de agosto de 2012, disponible en <http://www.ila-hq.org/en/committees/index.cfm/cid/1024> (última visita el 25 de octubre de 2012).

II. ¿POR QUÉ DERECHOS HUMANOS COLECTIVOS?

El término “derechos humanos colectivos” en ocasiones ha suscitado una gran oposición por distintas razones. Por un lado, las primeras declaraciones de los derechos humanos únicamente concebían la dicotomía entre sujeto y estado; *tertium non datur*. Ejemplos de esto son la *Déclaration de droits de l’homme et du citoyen* de 1789; y el *American Bill of Rights* de 1791. Basados en los pensamientos de la Ilustración y la filosofía de los derechos naturales de John Locke, los derechos individuales de libertad y propiedad eran considerados indispensables para alcanzar la felicidad del individuo; la protección de dichos derechos se consideraba la tarea primordial del Estado. Según John Locke, si estos derechos fuesen violados por el gobierno de algún Estado, los ciudadanos tendrían el derecho a sublevarse. Una segunda consideración consistía en que el Estado territorial moderno, después de haber derrocado a los gobernantes personales de origen feudal, preservó sus privilegios: el poder soberano global. Se temía que grupos intermedios dotados de derechos podrían mitigar e incluso debilitar y controlar sus propias proyecciones de control sobre la tierra y su gente. En el siglo XX, sobre todo después de la II Guerra Mundial, la Guerra Fría provocó otra fuente de desconfianza respecto de los derechos colectivos ya que éstos se consideraban estrechamente ligados en términos conceptuales a la colectivización de las tierras detentadas de forma individual y de las propiedades industriales en las múltiples revoluciones comunistas y tomas de poder a lo largo de la historia.

Esto último no es válido para las reclamaciones sobre los derechos de los pueblos indígenas ya que estos están basados en la necesidad de perdurar y prosperar como cultura y no como unidad política o económica. Los pueblos indígenas tampoco compiten con el Estado por poder económico o político, ya que el arraigo y la delimitación⁸ cultural de sus demandas por autonomía y tierras los aísla de cualquier cambio. Sin embargo, lo más importante son los llamados derechos “colectivos” que

⁸S. Wiessner, EJIL 22 (2011), 121 (129).

resultan necesarios para su felicidad y su auto-realización como individuos. Si la ley debe estar al servicio de los individuos y permitirles alcanzar sus sueños, ésta debe reconocer que los individuos no pueden desarrollarse si lo hacen solos; los hombres son seres sociales, tal y como reconoce Aristóteles al describir al ser humano como un *zoon politicon*⁹. Las relaciones con otros seres humanos y la propia confianza entre ellos son *conditiones sine qua non* para la existencia humana¹⁰. Las agrupaciones sociales, tanto si hemos nacido en ellas como miembros de una raza, género o tribu en particular, o si nos integramos en ellas de manera deliberada, son parte de nuestra identidad individual: nosotros podemos influenciarlas pero también ellas pueden influenciarnos, tal y como reconoce George Herbert, la agrupación social es esencial para una vida completa¹¹. En lo que respecta a los pueblos indígenas, ellos realizan el mayor esfuerzo por compartir todos los aspectos de sus vidas, ya que ellos se mantienen solamente del uso de las tierras que han trabajado desde tiempos inmemoriales. A diferencia de los grupos inorgánicos, como las mujeres o los grupos étnicos, que comúnmente no desean compartir su vida con los demás miembros de su propio grupo, y aun así se les protege contra la discriminación. Los grupos orgánicos¹², como por ejemplo, los pueblos indígenas necesitan derechos colectivos como los que otorgan autonomía y tierras para sobrevivir como cultura, que consiste en un fenómeno grupal. Tal como los líderes indígenas señalan, no existe “cultura

⁹W. Kullmann, *Hermes* 108 (1980), 419.

¹⁰S. Wiessner, *UCLA J. Int'l L. & Foreign Affairs* 15 (2010), 239 (260), con más referencias. Ver también L. Underkuffler, *J. Law, Medicine & Ethics* 35 (2007), 383 (384-385).

¹¹En la interacción continua entre el individuo y los grupos que integran la sociedad, no solamente se forma y cambia al individuo sino que también se fijan en él los patrones generales de comportamiento de grupo. Ver, e.g., C. W. Morris (ed.), George Herbert Mead, *Mind, Self and Society: From The Standpoint of a Social Behaviorist*, 1934; A. Srauss (ed.), George Herbert Mead, *On Social Psychology: Selected Papers*, 1964.

¹²Más detalles, ver S. Wiessner, en: G. Alfredsson/P. Macalister-Smith (eds.), *The Living Law of Nations*, 1996, 217 (218, 221-222).

individual”¹³. El artículo 27 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) queda limitado por la obligación de garantizar los derechos culturales de cada individuo en particular. Como ya se ha expuesto, esto no basta para conseguir el propósito de promover la diversidad cultural mundial bajo el reconocimiento universal de los derechos indígenas a lo largo de los últimos años y décadas.

Rudolf Von Jhering reconoció ya en 1872, en su conferencia *Der Kampf um's Recht*, que los derechos, incluyendo todas las tutelas judiciales, han tenido que ser arrancados a aquéllos que se les oponen; además, los derechos se pierden si no se usan o se defienden¹⁴. Esto se aplica para los derechos individuales y para los derechos colectivos, especialmente de aquellos grupos considerados vulnerables. Retrocedamos un poco para analizar el camino que los pueblos indígenas han recorrido para alcanzar el reconocimiento legal de sus derechos en los últimos quinientos años. Su historia de éxito no sólo ha sido destacada, sino única.

III. EL DESARROLLO DE LOS DERECHOS DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS

Hace mucho tiempo, al comienzo de la carrera académica del homenajeador autor, la palabra “indígena” o “pueblos indígenas”

¹³R.M Torres, in: L Meyer/B.M. Alvarado (eds.) *New World of Indigenous Resistance*, 2010, 2013 (217) (“A lo largo de la historia la noción de cultura individual ha sido inaceptable para los pueblos indígenas los cuales demandan una producción colectiva, de todas las expresiones sistemáticas de sus propias culturas.”). *Ver también G. Estévez*, en: *ibid.*, 115 (121) (“Entre todos los pueblos indígenas, la condición del importante “nosotros”, se expresa existencialmente y en el lenguaje mismo, por ser esta la materia de la comunalidad, la primera etapa de existencia, formada por la conexión de sistemas de las verdaderas relaciones que cada persona elabora.”).

¹⁴R. V. Jhering, *Der Kampf um's Recht*, 1872, 1:
La vida del derecho es una lucha, una lucha entre las naciones, el poder del Estado, clases sociales, grupos de interés e individuos. Toda ley surge de la contienda; cada regla importante tuvo que ser arrancada de aquellos que se opusieron a ella, y se mantiene viva sólo mientras los que la apoyan estén dispuestos a defenderla. El derecho no es una idea abstracta, sino una fuerza viva. (traducción del autor).

no tenían equivalencia en el lenguaje del Derecho Internacional. Era un término utilizado principalmente por antropólogos y otros científicos sociales. El Derecho Internacional, en todo caso, los consideró como simples habitantes de *terrae nullius* que fueron arrasados y ocupados por las potencias europeas en el gran juego de la colonización. Como se indica en el famoso arbitraje Cayuga de 1929, se consideraron, en todo caso, como una mera “unidad de la legislación interna”¹⁵. El Derecho Internacional les había dicho adiós, o al menos, eso parecía.

Sin embargo, los pueblos indígenas, no habían desaparecido de la Tierra. Un buen número de sus comunidades habían sobrevivido no sólo al contundente ataque militar de sus conquistadores occidentales; sino que también habían resistido con éxito a las ganas de progreso, la más duradera y profunda amenaza a sus formas de vida. En la década de 1970, decidieron vencer las políticas *divide et impera* de los conquistadores, y unidos más allá de las fronteras lograron trabajar a través de las sedes del Derecho Internacional para lograr una mejora de su situación legal. A raíz de un informe del ponente especial José Martínez Cobo, se creó un grupo de trabajo sobre los derechos de los pueblos indígenas dentro de la Comisión de Derechos Humanos de la ONU. La carismática y enérgica líder del grupo de trabajo, la Dr. Erica-Irene Daes, consiguió en 1993 la presentación de un Proyecto de Declaración sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas. Después de una serie de cambios realizados por un grupo de trabajo controlado por el Estado, el instrumento fue finalmente adoptado en 2006 por el recién constituido Consejo de Derechos Humanos de la ONU y el 13 de septiembre de 2007 por la Asamblea General de las Naciones Unidas. Aquella votación tuvo un éxito aplastante: 144 países votaron a favor de la Declaración sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas; cuatro votaron en contra, y 11 estados se abstuvieron¹⁶. Poste-

¹⁵Los indios Cayuga (Gran Bretaña) v. Estados Unidos, 6 R.I.A.A. 173, 176 (1926).

¹⁶Foro Permanente sobre las Cuestiones Indígenas de la ONU, Declaración sobre los derechos de los pueblos indígenas, en <http://social.un.org/index/Indigenous->

riormente, todos los votos que inicialmente estaban en contra se invirtieron; los gobiernos de Australia, Nueva Zelanda, Canadá y los EE.UU. ahora aprueban la Declaración. Lo que se ha logrado hasta ahora es un consenso virtual sobre el contenido y la conveniencia de estos derechos¹⁷. La naturaleza jurídica de esta declaración sigue siendo interesante, lejos de ser vinculante *per se*, podría considerarse de “pleno cumplimiento”¹⁸.

La Declaración era necesaria ya que suplió el vacío entre las protecciones existentes de derechos humanos y las reivindicaciones colectivas de los pueblos indígenas por sus tierras, sus culturas, y el autogobierno. Algunas de estas reclamaciones se abordaron en el Convenio de la OIT No. 169 de 1989; sin embargo, este tratado ha sido ratificado sólo por 22 países, provenientes casi todos ellos de América Latina¹⁹. Otros instrumentos tratan las preocupaciones de los pueblos indígenas de una manera muy específica y no general, tales como la Convención de 2003 de la UNESCO para la Salvaguardia del Patrimonio Cultural Intangible²⁰ y la Convención de 2005 para la Protección de la Diversidad de las Expresiones Culturales²¹.

Peoples/DeclarationontheRightsof IndigenousPeople.aspx (Última visita 25 de octubre, 2012). Para más detalles sobre el proceso, ver S. Wiessner, Vanderbilt J. Transnat'l L. 41 (2008), 1141 (1159-1162).

¹⁷Wiessner (Fn. 9), 253.

¹⁸En la práctica de las Naciones Unidas al igual que una “declaración”, es un “instrumento solemne recurrido sólo en casos muy raros relativos a asuntos de importancia mayor y duradero donde se espera el máximo cumplimiento.” U.N. Econ. & Soc. Council [ECOSOC], Mar. 19 – Abr. 14, 1962, *Report of the Common on Human Rights*, 105, U.N. Doc. E/3616/Rev. Según la Resolución ADI No. 5/2012 (Fn. 5), Conclusión No. 3. Aunque no es jurídicamente vinculante *per se* una declaración podrá ser vinculante en la medida en que sus diversas disposiciones se reflejan en la conformación de la práctica estatal y la *opinio juris*. Este órgano distinto del derecho internacional consuetudinario sobre pueblos indígenas no es necesariamente la misma extensión que el pleno alcance de la Declaración de la ONU.

¹⁹ILOLEX Base de datos sobre normas de trabajo internacionales, ratificaciones de C169 –Convenio sobre los Pueblos Indígenas y Tribales, 1989 (No. 169), disponible en <http://www.ilo.org/ilolex/english/newratframeE.htm>.

²⁰UNESCO Convenio para la Salvaguardia del Patrimonio Cultural Inmaterial, UNESCO Doc. MISC/2003/CLT/CH/14 (Oct. 17, 2003). Ver también F. Lenzerini, EJIL 22 (2011), 101.

²¹UNESCO Convención sobre la Protección y Promoción de la Diversidad de

El artículo 8 (j) del Convenio sobre la Diversidad Biológica se centra en la protección de los conocimientos tradicionales de los pueblos indígenas; el artículo 27 del PIDCP garantiza a los miembros de las comunidades culturales, el derecho “en comunidad con los demás miembros de su grupo a disfrutar de su cultura, a profesar y practicar su propia religión y a utilizar su propio idioma”. La Observación General N° 23 del Comité General de Derechos Humanos sobre el artículo 27 establece que esta disposición protege los “derechos individuales” pero que las obligaciones contraídas por los Estados son de naturaleza colectiva²². En su jurisprudencia, ha declarado reiteradamente que el derecho al disfrute de la cultura, la práctica de su propia religión o el uso de la lengua sólo puede ser ejercido “en una comunidad” es decir como un grupo²³. Además, los pueblos indígenas tienen el derecho a la libre determinación en virtud del artículo 1 del PIDCP, un derecho supervisado mediante la revisión de los informes estatales.

Aún más importante, el artículo 21 de la Convención Interamericana sobre Derechos Humanos, en el cual el derecho a la propiedad ha sido reinterpretado “desde un punto de vista evolutivo” demandando los derechos colectivos a la tierra de los pueblos indígenas, debido a que el objetivo primordial de la protección de su identidad cultural va ligado a su tierra. La Corte Interamericana de Derechos Humanos, en su famosa sentencia *Awatitpan Tingni* del 31 de agosto de 2001²⁴, ratificó la existencia del derecho colectivo de un pueblo indígena sobre su tierra. Esta decisión puso en marcha una *jurisprudencia constante*, junto con

las Expresiones Culturales, UNESCO Doc. CLT-2005/CONVENTION DIVIERSITE-CULT REV (Oct. 20, 2005).

²²Comentario General No. 23, UN Doc. HRI/GEN/1/Rev.1, 38 (1994), para. 6(2).

²³A. Vrdolyak, in: F. Francioni/M. Scheinin (eds.) *Cultural Human Rights*, 2008, 61, con más referencias, incluyendo los casos *Kitok*, *Omunyak*, *Länsman and Apriana Mahuika*.

²⁴*Mayagna (Sumo) Awatitpan Tingni Community v. Nicaragua*, 31 de agosto de 2001, Corte Interamericana de Derechos Humanos, reimpresso en: *Arizona J. Int'l & Comp. L.* 19 (2002), 395 (430-31, 440).

una reciente decisión del caso *Saramaka People v. Suriname*²⁵, en la que incluía el derecho a la vida, incluyendo una existencia comunitaria digna, el derecho a la propiedad colectiva sobre las tierras, territorios y recursos naturales, el derecho a la consulta y consentimiento, y el derecho a la participación política de acuerdo con sus formas de vida tradicionales.

A este consenso internacional se le han unido los avances más importantes en el derecho interno de los Estados. Desde los cambios en las Constituciones de Brasil y Canadá, a la decisión del Tribunal Supremo de Australia sobre el caso *Mabo*, al tratado de paz de Guatemala, o la Ley de Derechos de los Pueblos Indígenas en Filipinas- por mencionar algunos ejemplos de este cambio radical en la legislación interna provocados por el renacimiento mundial de las naciones indígenas-, un análisis detallado de la práctica de los Estados y la *opinio juris* de los Estados afectados a finales del siglo pasado únicamente han podido concluir que el Derecho Internacional consuetudinario no era sólo emergente, sino que había surgido e incluido los derechos de los pueblos indígenas a la integridad cultural, a la autonomía y a sus tierras tradicionales²⁶. Otros eruditos revisaron estos datos y en gran parte coincidieron en el resultado²⁷.

²⁵*Saramaka People v. Suriname*, 28 de Noviembre de 2008, Corte Interamericana de Derechos Humanos, Objeciones Preeliminarias, Meritos, Reparaciones, Costos, Ser. C, No. 172. Ver también *Moiwana Village v. Suriname*, 15 de junio 2005, Corte Interamericana de Derechos Humanos, Ser. C, No. 124; *Comunidad Indígena Yakye Axa v. Paraguay*, 17 de junio de 2005, Corte Interamericana de Derechos Humanos, Ser. C, no. 125; *Comunidad Indígena Sawhoyamaya v. Paraguay*, 29 de marzo de 2006, Corte Interamericana de Derechos Humanos, Ser. C, No. 146.

²⁶S. *Wiessner*, *Harvard Human Rights J.* 12 (1999), 57, conclusión y el contenido de derecho internacional consuetudinario, en 127:

²⁷S.J. *Anaya*, *Indigenous Peoples in International Law* (2d ed.) 2004, 49-72; S.J. *Anaya & Williams*, *Harvard Human Rights J.* 14 (2001), 33; C. *Oguamanam*, *Queen's L.J.* 30 (2004), 348. Para un análisis concurrente de los derechos territoriales indígenas en el derecho internacional consuetudinario y la DNUDPI, ver S. *Stevenson*, *Fordham Int'l L.J.* 32 (2008), 298. Una monografía reciente sobre la protección de los grupos en el derecho internacional también llegó a la conclusión de que "es prueba suficiente la práctica de los Estados y la *opinio juris* entre los Estados para sugerir la existencia de un derecho a la autonomía para los pueblos indígenas en el derecho internacional". N. *Wenzel*, *Das Spannungsverhältnis zwischen Gruppenschutz und Individualschutz iM*

Con el fin de aclarar el contenido del derecho internacional en este campo, la Asociación de Derecho Internacional (ILA)²⁸ y su 72^a Reunión Bienal en Toronto estableció un Comité sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas.

IV. RESOLUCIÓN N ° 5/2012 DE LA ILA SOBRE LOS DERECHOS DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS

Al Comité de los Derechos de los Pueblos Indígenas se le encomendó la tarea de escribir un comentario sobre los derechos de los pueblos indígenas incluyendo el significado de la Declaración de la ONU de 2007. En su redacción final contó con más de 30 miembros expertos de todos los continentes habitados²⁹. Su primer presidente fue el Profesor S. James Anaya, una autoridad destacada en la materia. En 2008, el profesor Anaya fue designado Relator Especial de la ONU sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, por lo que ya no podía presidir el Comité así que solicitó al autor que lo presidiera. En la 73^a Reunión Bienal de la ILA en Río de Janeiro, el autor fue nombrado de manera oficial como presidente, y el comité estableció diez subcomités que tratarían temas distintos, tales como la naturaleza jurídica de la Declaración y sus derechos, la definición *vel non* de los pueblos indígenas, el derecho a la libre determinación y la autonomía,

Völkerrecht, 2008, 508. Acuerdo *M. Weller*, EJIL 20 (2009), 111 (116). Pero ver también *A. Xanthaki*, Melbourne J. Int'l. 10 (2009), 27.

²⁸La ILA ahora con sede en Londres, fue fundada en Bruselas en 1873. Sus objetivos son “el estudio, la clarificación y el desarrollo del derecho internacional tanto público como privado y la promoción de la comprensión internacional y el respeto del derecho internacional”. La ILA tiene status consultivo como organización internacional no gubernamental con diversos organismos especializados de las Naciones Unidas. Se compone en la actualidad de alrededor de 3500 trabajadores, “que van desde abogados en la práctica privada, la academia, el gobierno y el poder judicial a expertos no abogados de las esferas comerciales, industriales y financieras y representantes de organismos como las organizaciones de comercio marítimo y arbitraje, así como las cámaras de comercio”. http://www.ila-hq.org/en/about_us/index.cfm (Última visita octubre 25, 2012).

²⁹Para ver lista de todos los miembros <http://www.ila-hq.org/en/committees/index.cfm/cid/1024/member/1>.

el derecho a la identidad cultural, a la educación y a los medios de comunicación, los derechos a las tierras tradicionales, incluyendo el consentimiento libre, previo e informado, derechos derivados de tratados y derechos para el desarrollo, por nombrar unos cuantos. El nuevo Relator del Comité, el profesor Federico Lenzerini, de la universidad de Siena, coordinó el proceso, integrando el trabajo realizado, entre períodos de sesiones, en un seminario en el Instituto Universitario Europeo de Florencia, Italia, e integró los informes de los subcomités en un informe provisional de 52 páginas para el 74ª Reunión Bienal de la ILA en La Haya. Después de otra reunión entre sesiones realizada en la Universidad de Anchorage en Alaska en agosto de 2011, por invitación del miembro del Comité Inuit Dalee Sambo Dorough, se elaboró el informe final de la comisión y una resolución para la Reunión Bienal de la 75ª de la ILA en Sofía. El informe final complementó el informe provisional de 2010. El paquete tanto del informe provisional como del informe final, más la resolución, se presentó para ser debatido y aprobado en las sesiones públicas de la Comisión el 28 de agosto de 2012. Esta sesión estuvo abierta a todos los miembros de la ILA.

La sesión fue presidida por Ralph Wilde (University College London) y contó con una numerosa asistencia. Tras la presentación del informe y la resolución por el Presidente y Relator las intervenciones de los asistentes, miembros del Comité presentes- Dalee Sambo Dorough, Mahulena Hofmann, Willem van Genugten, Rainer Hofmann, Ana Vrdolyak, Christina Binder, y Katja Goecke -así como comentarios y preguntas de los miembros que no integran el Comité de la ILA, resultaron ser favorables e informativas. Acto seguido el Presidente sometió la propuesta del Comité a votación. Todos los miembros de la ILA que votaron, alzaron la mano a favor de manera rotunda- salvo una abstención que por llegar tarde a la reunión, no se consideró lo suficientemente bien informado sobre el tema para emitir su voto.

Después de esta decisión, el Comité Directivo de la ILA perfeccionó la resolución, sin cambiar la esencia de la propuesta de la Comisión. Se hizo una pregunta sobre por qué la resolución no incluía una definición del término “pueblos indígenas”.

El autor respondió que el Comité en su conjunto, y en particular, sus miembros indígenas, no estaban dispuestos a presentar una definición formal, ya que se veía, entre otras cosas, como otro intento de colonización. Sin embargo, en el informe final, se incluyó una sección para aclarar la comprensión del término. Dos elementos esenciales de esa descripción multifactorial de los pueblos indígenas fueron la auto-identificación como tal, y la especial relación espiritual de los pueblos indígenas con sus tierras ancestrales³⁰. El Comité Directivo estuvo conforme con esta respuesta.

En la sesión plenaria de clausura del 30 de agosto de 2012 en el aula de la Universidad de Sofía, el Presidente del Consejo Ejecutivo de la ILA, el Honorable Señor Mance, Juez de la Suprema Corte del Reino Unido, así como el Presidente de la sesión abierta, el Doctor Wilde, presentaron la Resolución No. 5/2012. El Dr. Wilde manifestó:

Esta resolución representa la culminación de seis años de trabajo duro en este tema tan importante y de vanguardia. Sus conclusiones y recomendaciones se basan en un estudio amplio y riguroso de la práctica de los Estados en esta materia, como se refleja en los dos largos informes del Comité. La resolución y estos informes están claramente destinados a jugar un papel importante para influir en la comprensión internacional y el desarrollo del Derecho Internacional en este campo.

Después elogió la adopción de la Resolución, con el caluroso aplauso del público. Al igual que con las resoluciones anteriores, Lord Mance, después de esperar objeciones, que nunca se presentaron, declaró la Resolución, debidamente ofrecida, secundada y aprobada. La sesión terminó de manera apropiada con un violinista tocando “El Himno a la Alegría “ de Beethoven.

³⁰Comité de la ILA en los Derechos de los Pueblos Indígenas, Informe Final, Sofía 2012, 2-3, disponible en <http://www.ila-hq.org/en/committees/index.cfm/cid/1024>.

Esta resolución es histórica. No sólo se reconocen los derechos humanos colectivos³¹; también precisa una serie de derechos que se han convertido en una pieza integrante del Derecho Internacional consuetudinario. Dichos derechos son los siguientes:

1. **El derecho a la autodeterminación**, en la medida en que se reconoce en el Derecho Internacional³². Usando el modelo de distinción entre la libre determinación externa e interna, el informe provisional, integrado en el informe y en la resolución final, dejó claro que los pueblos indígenas tendrían un derecho a la secesión sólo si tal derecho, bajo cualquier condición, era reconocido por la comunidad internacional con respecto a cualquier otra gente también³³. Los pueblos indígenas tendrán los mismos derechos que los demás pueblos en este aspecto, y ni uno menos³⁴.

2. Más trascendental es el **derecho a la autonomía**, el derecho al autogobierno interno y local según lo establecido en

³¹Resolución de la ILA No. 5/2012 (Fn. 5), Conclusión No. 1: “Los pueblos indígenas son dueños de los derechos humanos colectivos con el objetivo de preservar y transmitir a las generaciones futuras su identidad cultural y diferenciación (...)”.

³²*Id.*, Conclusión No. 4: “Los Estados deben cumplir con la obligación –de manera acorde con el derecho internacional consuetudinario y convencional aplicable– para reconocer, respetar, proteger, cumplir y promover el derecho de los pueblos indígenas a la libre determinación, concebido como el derecho a decidir su estatus político así como para determinar cuál será su futuro, de conformidad con las normas pertinentes del derecho internacional así como los principios de igualdad y no discriminación”.

³³Fuera del contexto colonial, las declaraciones legales de este derecho han sido pocas y distantes entre sí. La Suprema Corte de Canadá en su opinión consultiva sobre la situación de Quebec se refirió a un posible derecho de todos los pueblos a la “libre determinación externa [...] donde a un grupo definible se le niega el acceso real al gobierno para perseguir su desarrollo político, económico, social y cultural”. *Re: Secession of Quebec*, [1998] 2 S.C.R. 217, Suprema Corte de Canadá, en 37 I.L.M. 1340 (1373), para. 138.

³⁴J. Van Dyke, en: Comité de la ILA sobre Derechos de los Pueblos Indígenas, Informe Provisional de la Haya de 2010, 10, disponible en <http://www.ila-hq.org/en/committees/index.cfm/cid/1024> (“En este y otros aspectos relacionados con la libre determinación, los pueblos indígenas deben ser considerados exactamente iguales a todos los demás pueblos”).

el artículo 4 de la Declaración³⁵. Incluye, entre otras cosas, el derecho de un pueblo indígena a continuar sus estructuras de liderazgo y tradiciones, comúnmente llamado derecho consuetudinario³⁶. En general y a escala mundial, este derecho específico de los pueblos indígenas en el Derecho Internacional no tiene precedentes³⁷. Esta autonomía puede tomar muchas formas; como todas las disposiciones de la Declaración y el derecho general de los pueblos indígenas tienen que ser interpretadas desde su *telos*, es decir, la salvaguardia y el florecimiento de las culturas y tradiciones de los pueblos indígenas³⁸. En contra de los derechos de los miembros individuales, los límites a esta autonomía del grupo son el Derecho Internacional consuetudinario de los Derechos Humanos individuales, así como los derechos previs-

³⁵Resolución de la ILA No. 5/2012, Conclusión No. 5: “Los Estados también deben cumplir - de acuerdo con el Derecho Internacional consuetudinario y el Derecho Internacional convencional aplicable - con la obligación de reconocer y promover el derecho de los pueblos indígenas a la autonomía o el autogobierno, que se traduce en una serie de prerrogativas necesarias para preservar y transmitir a las futuras generaciones su identidad cultural y singularidad. Estas prerrogativas incluyen, entre otras cosas, el derecho a participar en decisiones nacionales en aquéllas que los afecten, el derecho a ser consultado en cualquier proyecto que pueda afectarlos y el derecho conexo de que los proyectos que afectan de forma significativa sus derechos así como sus formas de vida, no se lleven a cabo sin su consentimiento previo, libre e informado, así como el derecho a regular de manera autónoma sus asuntos internos de acuerdo con sus propias leyes consuetudinarias así como de establecer, mantener y desarrollar sus propias instituciones jurídicas y políticas”.

³⁶Como ayuda para entender la ley, de acuerdo con la jurisprudencia orientada a la política, como un proceso de decisión autoritaria y de control dentro de cualquier comunidad, ya sea territorial o personal. *W.M. Reisman, S. Wiessner & A.R. Willard, Yale J. Int'l L.* 32 (2007), 575, (587-88, 591-92); *S. Wiessner, Asia Pacific LJ.* 18 (2010), 45 (47-49).

³⁷Ha habido una serie de acuerdos de derechos de las minorías en los regímenes de tratados específicos, sobre todo después de la Primera Guerra Mundial, pero nunca había existido un derecho general de un grupo en el derecho internacional. La legislación nacional, por otro lado, conoce de muchos de estos acuerdos, lo que creó, entre otras cosas, la base para el resultado del derecho internacional consuetudinario. Para más detalles ver *E. Klein, Minderheitenschutz im Völkerecht, Schriftenreihe Kirche und Gesellschaft* Nr. 123, 1994; id., ‘Minderheiten’, ‘Minderheitenrechte’, ‘Minderheitenschutz’, in: M. Honecker et al. (eds.) *Evangelisches Soziallexikon*, 2001, Sp. 1083-1088.

³⁸*Wiessner* (Fn. 7), 129.

tos en los tratados que el Estado, en cuyo territorio residen los pueblos indígenas, ha aceptado³⁹.

3. Los derechos de los pueblos indígenas a su **identidad cultural** deben ser reconocidos, respetados, protegidos y cumplidos por el Estado⁴⁰. La obligación del derecho internacional consuetudinario, aquí señalada, no se traduce en un derecho positivo general⁴¹. Más bien, es visto como un derecho a no ser privado del derecho a hablar y enseñar su propio idioma, el pilar cada vez más amenazado de su cultura⁴². También cuentan con el derecho de constituir escuelas y sus propios medios de comunicación⁴³.

4. **El derecho fundamental de los pueblos indígenas** en el derecho internacional consuetudinario se traduce en la **obligación del Estado de “reconocer, respetar, proteger, promover y cumplir los derechos de los pueblos indíge-**

³⁹ Informe Final de la ILA 2012 (Fn. 29), 3.

⁴⁰ Resolución de la ILA No. 5/2012, Conclusión No. 6: “Los Estados están obligados a reconocer, respetar, proteger y cumplir la identidad cultural de los pueblos indígenas (en todos sus elementos, incluido el patrimonio cultural) y a cooperar con ellos de buena fe – a través de todos los medios posibles - con el fin de garantizar su conservación y transmisión a las generaciones futuras”.

⁴¹ Informe Final de la ILA 2012, 15: “Por el momento, ... la evolución jurídica que se produjo a este respecto, probablemente aún no ha alcanzado el punto para conducir a la existencia de una norma de derecho internacional consuetudinario que dicte la obligación positiva del Estado de adoptar todas las medidas posibles con el fin de permitir a los pueblos indígenas preservar sus lenguas y transmitir las a las generaciones futuras. Al mismo tiempo, es razonablemente indudable que tal obligación existe en términos negativos, se exige una conducta negativa por parte del Estado, en el sentido de que los Estados están obligados a no crear ningún obstáculo a los esfuerzos y las actividades llevadas a cabo por los pueblos indígenas con el fin de preservar sus propias lenguas como elemento de su identidad cultural”.

⁴² A. Dussias, *Intercultural Human Rights L. Rev.* 3 (2008), 5; en cuanto a la importancia del idioma para la dignidad humana, ver E. Klein, en: Grözinger (ed.), *Sprache und Identität im Judentum*, 1998, 59.

⁴³ Resolución de la ILA No. 5/2012, Conclusión No. 8: “Los Estados deben reconocer el derecho de los pueblos indígenas a establecer sus propias instituciones educativas y los medios de comunicación, así como para proporcionar educación a los niños indígenas en sus lenguas tradicionales y de acuerdo a sus propias tradiciones. Los Estados tienen además la obligación de no intervenir en el ejercicio de estos derechos.” Para detalles, ver Informe Final de la ADI 2012, 15.

nas a sus tierras tradicionales, territorios y recursos”⁴⁴, que engloba, en primer lugar, la demarcación, titularidad y formas equivalentes de reconocimiento jurídico de estos recursos. Este derecho reconoce el vínculo conceptual indispensable de los pueblos con las regiones que tienen una conexión especial, a menudo espiritual. También reconoce el papel destacado que los pueblos indígenas han jugado en la preservación de estas tierras, convirtiéndose en guardianes de confianza. Por lo general, su uso no se orientó a la explotación de los recursos hasta el punto de agotarlos completamente, sino a la preservación de las tierras para las generaciones futuras, haciéndolos un modelo para la búsqueda de la legislación ambiental moderna para la sustentabilidad. Tal vez, este derecho es el más consecuente, ya que puede chocar con los intereses de otros actores en el uso de estas tierras, en ocasiones con el interés nacional⁴⁵.

5. **El derecho al consentimiento libre**, previo e informado de las medidas gubernamentales que afectan a los pueblos indígenas, por lo general, sólo conduce al derecho a ser consultados por las comunidades afectadas. Sin embargo, esta consulta debe comprender la participación activa de los pueblos indígenas en la planificación de este tipo de proyectos. Si un proyecto pone en peligro de manera significativa la esencia misma de la cultura de un pueblo indígena, entonces se requiere del consentimiento, en virtud del derecho internacional consuetudinario⁴⁶. Por lo que no debe ser negada arbitrariamente.

6. También se abordaron las reparaciones y compensaciones por los agravios causados, teniendo en cuenta su adecuación y eficacia⁴⁷.

⁴⁴Resolución de la ILA No. 5/2012, Conclusión No. 7.

⁴⁵Para un mejor análisis, ver V. Vadi, *Columbia Human Rights L. Rev.* 42 (2011), 797.

⁴⁶“Cuando la esencia de su integridad cultural se encuentra en peligro de manera significativa, obtener el consentimiento libre, previo e informado de los pueblos indígenas se vuelve obligatorio.” Informe Final de la ILA 2012, 10.

⁴⁷Resolución de la ILA No. 5/2012, Conclusión No. 10: “Los Estados deben

V. CONCLUSIÓN

El Relator Especial de la ONU, James Anaya, en su entusiasta ratificación del informe y de la resolución, escribió que la resolución tiene un “gran contenido autoritario” y puede, como se pretende, ayudarlo tanto a él como a otros responsables de toma de decisiones, en su trabajo de interpretación, aplicación y ejecución de los derechos de los pueblos indígenas⁴⁸. Anteriormente, en 2011, el Tribunal de Arbitraje del CIADI en el caso *Grand River* se hizo referencia a la labor de la Comisión y a su informe provisional al considerar que “es posible que haya [...] un principio de Derecho Internacional consuetudinario que requiera que las autoridades gubernamentales consulten a los pueblos

cumplir con sus obligaciones – bajo el derecho internacional consuetudinario aplicable y convencional – de reconocer y satisfacer los derechos de los pueblos indígenas para obtener las reparaciones y compensaciones por todos los agravios sufridos, incluyendo los derechos relativos a las tierras arrebatadas o dañadas sin su consentimiento libre, previo e informado. Mecanismos efectivos para la compensación – establecidos junto con los pueblos interesados – deben de estar disponibles y accesibles en beneficio de los pueblos indígenas. La reparación debe de ser adecuada y efectiva, además de ser acorde a la perspectiva de las comunidades indígenas afectadas, capaz exactamente de reparar los agravios que han sufrido.” Para formas distintas de realizar reparaciones, ver *F. Lenzerini* (ed.), *Reparations for Indigenous Peoples: International and Comparative Perspectives*, 2009.

⁴⁸S. *James Anaya*, Declaración de ratificación del Comité del Informe Final y de la Resolución, en el Informe Final de la ADI 2012, 31, 32:

El trabajo del comité, ante ustedes, refleja los más altos estándares de nuestra profesión. ... Dada la exhaustiva investigación llevada a cabo por el comité, las conclusiones formuladas en su informe final y resolución son de gran contenido autoritario. Confío en que, según lo previsto, este comentario experto reducirá la confusión y la discordia sobre el contenido y el estatus normativo de las disposiciones de la Declaración de la ONU y de los derechos de los pueblos indígenas en general. Me va a ayudar en mi trabajo como Relator Especial al guiar a los estados hacia el cumplimiento del nuevo régimen de los Derechos Humanos de los Pueblos Indígenas.

La observación estará disponible para profesionales y abogados, cortes y tribunales, organizaciones académicas e indígenas con el objetivo de sacar provecho al tratar cuestiones importantes que preocupan a los pueblos indígenas. Por consiguiente, será la base de trabajo de la Asociación de Derecho Internacional en el nuevo ambiente basado en valores del derecho internacional del siglo XXI.

indígenas sobre las políticas o acciones gubernamentales que les afectan significativamente”⁴⁹.

En general, las resoluciones de la Asociación de Derecho Internacional, al igual que las de la Comisión de Derecho Internacional, se han reconocido como pruebas del Derecho Internacional. La Tercera reformulación de la Ley de Relaciones Exteriores de los Estados Unidos afirma esta caracterización⁵⁰, al igual que el principal y más reciente manual de Derecho Internacional en Alemania- del cual nuestro homenajeado es un distinguido coautor. Como Graf Vitzthum manifestó en dicho manual, las resoluciones mundiales de un cuerpo tan calificado y diverso como la Asociación de Derecho Internacional están estableciendo, en ocasiones, un raro consenso entre culturas radicalmente diferentes y de tradiciones distintas y, por lo tanto, deben ser especialmente apreciados y valorados⁵¹. Esto es especialmente cierto cuando, como en este caso, no sólo se alcanzan sin oposición, sino que cuentan con un apoyo rotundo.

En terreno tan firme, la Resolución N° 5/2012 trasciende a los escritos individuales de los eruditos del Derecho sin importar la profundidad y lo convincente que es su trabajo. Esta resolución se emitió para ayudar a completar el círculo de protecciones de los pueblos más vulnerables ypreciados sobre la faz de la Tierra. A través de esta nueva arma pueden valerse en su lucha jurídica para alcanzar la supervivencia de sus pueblos, de esta manera la Ley podría alcanzar su fin más noble: hacer la paz a través de la justicia, siempre con el objetivo de un Orden Público en el que se garantice dignidad para todos.

⁴⁹*Grand River Enterprises Six Nations, Ltd., et al. V. Estados Unidos de América*, 12 de enero de 2011, disponible en: <http://www.state.gov/documents/organization/156820.pdf> (última visita 25 de octubre de 2012), párr. 210.

⁵⁰*American Law Institute*, Tercera Declaración de la Ley de Relaciones Exteriores de los Estados Unidos, 103 Notas de los informes No. 1 (1987).

⁵¹*W. Graf Vitzthum*, en: W. Graf Vitzthum (ed.) *Völkerrecht* (3d ed.), 2004, 72, párr. 147.