

UNITED NATIONS



NATIONS UNIES

DEPARTMENT OF ECONOMIC AND SOCIAL AFFAIRS

Division for Social Policy and Development

Secretariat of the Permanent Forum on Indigenous Issues

International Expert Group Meeting

International expert group meeting on the role of the United Nations Permanent Forum on Indigenous Issues in the implementation of article 42 of the United Nations Declaration on the Rights of Indigenous Peoples

14-16 January, 2009, New York

Cometido del Foro Permanente para las Cuestiones Indígenas a la Luz del Valor Vinculante y con Vistas a la Mayor Eficacia del Derecho Internacional de los Derechos Humanos

Bartolomé Clavero
Expert Member, UNPFII

Bartolomé Clavero
Miembro del Foro Permanente para las Cuestiones Indígenas

**Cometido del Foro Permanente para las Cuestiones Indígenas
a la Luz del Valor Vinculante y con Vistas a la Mayor Eficacia
del Derecho Internacional de los Derechos Humanos**

A. Introducción

1. Este documento se propone considerar el valor vinculante de la Declaración sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas (DDPI), dentro del contexto normativo de las novedades que se han producido en el ámbito del derecho internacional de los derechos humanos durante estos últimos años, con el objetivo final de contribuir a la apreciación de las posibilidades de acción del Foro Permanente para las Cuestiones Indígenas (FP).

2. Ha de darse por sentado que la adopción de un instrumento de derechos humanos por Naciones Unidas aspira a alcanzar algún valor de carácter normativo sin excepción de las declaraciones. Ninguna declaración de derechos humanos se ha presentado jamás a sí misma como privada de fuerza normativa. En el derecho internacional contemporáneo se suele afirmar que las declaraciones son instrumentos no-vinculantes. Tal afirmación encierra indudablemente un sentido, pues así se distinguen de los pactos o tratados de derechos humanos que vinculan a los Estados mediante su ratificación y consiguiente supervisión por parte internacional. Sin embargo, esta contraposición entre tratados vinculantes y declaraciones no-vinculantes transmite el mensaje equivocado de que las declaraciones carecen de fuerza normativa.

3. El efecto de esta contraposición puede ahora apreciarse en relación a la Declaración sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas (DDPI). La misma ha sido asumida inequívocamente como marco normativo de referencia por el FP y por el Mecanismo de Expertos sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas (MEDPI). Asimismo, la DDPI ha sido expresamente incorporada como referencia normativa por el Consejo de Derechos Humanos en el nuevo mandato del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y de las libertades fundamentales de los indígenas (RE). Por su parte, el Grupo de Apoyo Inter-Institucional sobre Cuestiones de los Pueblos Indígenas (GAI), que agrupa a una notable mayoría de las agencias de Naciones Unidas, aun comprometido igualmente con la DDPI, se ha hecho eco del argumento de que la misma carece de fuerza vinculante en contraste con el Convenio de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes (Convenio 169) que, mediante ratificación, vincula. La contraposición se asume plenamente por la guía sobre cuestiones indígenas del Grupo de Naciones Unidas para el Desarrollo, del que también forman parte las agencias que componen el GAI¹. El mensaje erróneo se pone de este modo también en circulación respecto al valor de la DDPI.

¹ <http://www.undg.org/index.cfm?P=270> : Grupo de las Naciones Unidas para el Desarrollo, *Directrices sobre los asuntos de los pueblos indígenas*, Febrero 2008, p. 10: “El principal documento jurídicamente vinculante

4. Para contribuir a despejar tamaño equívoco, conviene considerar, en primer lugar, que la ratificación de tratados no es la única forma de vinculación para los Estados en derecho internacional; en segundo lugar, que en el ámbito de los derechos humanos existen declaraciones con valor similar a los tratados; en tercer lugar, que los instrumentos de derechos humanos no sólo se dirigen a los Estados, pudiendo vincular además e incluso primariamente a otros actores internacionales. Compromete ante todo al propio sistema de las Naciones Unidas y de este modo igualmente a sus miembros constituyentes, a los Estados mismos en cuanto que miembros de Naciones Unidas.

B. Valor de algunas declaraciones de derechos humanos.

5. Es algo bien sabido que el derecho consuetudinario también vincula en el orden internacional. Decir de una declaración de derechos humanos que no es vinculante parece excluir de entrada la posibilidad de que contenga normas de derecho consuetudinario. Frente a esto, podría incluso sentarse hoy la presunción de que una mayoría de los instrumentos de derechos humanos son expresión de derecho internacional consuetudinario, de derecho que debe en principio practicarse con independencia del carácter del documento que lo declara o por el que se acuerda. La convención o tratado añade algo y bien importante por supuesto, pero la declaración cuenta con su propio valor normativo de carácter más general. De argüirse respecto a alguna declaración concreta que su contenido no responde a derecho consuetudinario, la carga de la prueba habría de recaer en la parte que alega, el Estado que fuere en su caso. De entrada cabe afirmar que una declaración de derechos humanos vincula.

6. Es el caso ante todo de la Declaración Universal de Derechos Humanos (DUDH). El Examen Periódico Universal (EPU) del Consejo de Derechos Humanos, que analiza la trayectoria de los Estados al respecto, incorpora explícitamente la DDUH en posición primordial como término de referencia normativo. Su ubicación por delante incluso de los tratados de derechos humanos ratificados por los Estados no ha suscitado controversia. La práctica del EPU incide así en el creciente acercamiento entre declaraciones y tratados sin confundirse nunca desde luego. Se hace la previsión de que los Estados puedan comprometerse a la extensión de los términos de referencia más allá de los tratados que tengan ratificados. La diferencia entre instrumentos permanece siempre a efectos teóricos y prácticos. Los Estados son examinados con más detenimiento y mayor frecuencia por los órganos derivados de los tratados ratificados. De este modo, se va formando en el orden internacional de los derechos humanos un cuerpo integrado de valor todo él normativo, incluyendo las declaraciones.

7. El caso evidente del valor vinculante por sí misma de la DUDH resulta singular, pero no es único. Hay otras declaraciones con valor similar al de los tratados. Es el caso de la

dedicado completamente a los derechos de los pueblos indígenas es el Convenio No. 169 de la OIT sobre pueblos indígenas y tribales” mientras que la DDPI “enuncia los derechos a cuyo reconocimiento, garantía e implementación deben aspirar los países” y así, sin más contenido que unas aspiraciones, tan sólo “crea un marco para discusión y diálogo entre los pueblos indígenas y los estados”. En la misma página web figura una carta de presentación: “These Guidelines respond to the United Nations Declaration on the Rights of Indigenous Peoples, which specifically calls upon the organs and specialized agencies of the United Nations system to contribute to the full realization of its provisions...”.

Declaración sobre los derechos de las personas perteneciente a minorías nacionales o étnicas, religiosas y lingüísticas (Convención sobre minorías), la cual contiene los siguientes pronunciamientos: “Los Estados deberán cooperar a fin de promover el respeto por los derechos enunciados en la presente Declaración”; “Los organismos especializados y demás organizaciones del sistema de las Naciones Unidas contribuirán a la plena realización de los derechos y principios enunciados en la presente Declaración, en sus respectivas esferas de competencia” (arts. 7 y 9). La misma manifiesta en su preámbulo que se inspira “en las disposiciones del artículo 27 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos relativas a los derechos de las personas pertenecientes a minorías étnicas, religiosas o lingüísticas”. En efecto, se trata de un desarrollo de dicho artículo. Como tal, ha de tomarlo en cuenta el Comité de Derechos Humanos (CDH), el órgano supervisor de dicho Pacto, para todo cuanto concierne a derechos de “personas pertenecientes a minorías”. El valor de la Declaración sobre minorías equivale entonces al de dicho artículo 27. Su alcance vinculante resulta así incluso superior al que se contempla en su artículo séptimo. Todos los Estados deben “cooperar” y “promover” la Declaración sobre minorías y aquellos que son parte del Pacto, una gran mayoría de entre ellos como bien se sabe, habrán además de atenderse a sus disposiciones, a esta interpretación auténtica del artículo 27 del Pacto.

8. Otro caso también relevante para la DDPI puede ser el de la Declaración sobre la concesión de la independencia a los países y pueblos coloniales (Declaración de descolonización), pues debe ser entendida como un instrumento de derechos humanos (art. 1: “La sujeción de pueblos a una subyugación, dominación y explotación extranjeras constituye una denegación de los derechos humanos...”, etc.; art. 2: “Todos los pueblos tienen el derecho de libre determinación...”etc.). Esta declaración ha tenido y mantiene un valor vinculante para las Naciones Unidas y para los Estados por sí misma y no sólo a través de la disposición relativa a la libre determinación que preside ambos Pactos de Derecho Humanos (“Todos los pueblos tienen el derecho de libre determinación...”, etc.). La relevancia para el DDPI se da por la relación que se produce con su artículo 3 (“Los pueblos indígenas tienen derecho a la libre determinación...”, etc.). Los Estados que se opusieron a la Declaración de descolonización en el seno de Naciones Unidas no quedaron excluidos de su “plena aplicación” y “eficacia”.

9. Las declaraciones de derechos humanos no sólo se dirigen a los Estados. Ni siquiera lo hacen primordialmente. La destinataria directa de estas declaraciones es ante todo la humanidad. Las declaraciones no sólo vinculan a las Naciones Unidas y a los Estados, sino también a todos y cada uno de los seres humanos, responsables además por nosotros mismos de vincular a las instituciones de todo género y a todos los niveles. La Declaración sobre el derecho y el deber de los individuos, los grupos y las instituciones de promover y proteger los derechos humanos y las libertades fundamentales universalmente reconocidos hace valer este importante aspecto del valor de unos instrumentos. Los individuos quedamos comprometidos por interés propio desde luego, pero también obligados para conseguir que la obligación misma sea universal.

10. La Declaración sobre el derecho y el deber de promover y proteger los derechos humanos vincula no sólo a “los individuos”, sino también a “los grupos”. Esta mención cobra especial valor cuando no se trata de una declaración de derechos humanos en general, sino de declaraciones relativas a grupos particulares necesitados de atención específica,

como en el caso de la Declaración sobre minorías y de la DDPI. Las “personas pertenecientes a minorías nacionales o étnicas” y los pueblos indígenas tienen “el derecho y el deber” de “promover y proteger”, de hacer promover y de hacer proteger, los derechos registrados por las respectivas declaraciones en particular y por las normas internacionales de derechos humanos en general. Están vinculados también a los efectos de conseguir que la vinculación misma sea universal.

11. La práctica de los órganos y las agencias de Naciones Unidas debe desarrollarse también en conformidad con el derecho internacional de los derechos humanos, naturalmente. Esto alcanza a los órganos responsables de la supervisión de los tratados, que han de centrar por supuesto su labor en el tratado mismo o desarrollarla conforme al protocolo que les habilita, pero dentro siempre del marco constituido por el cuerpo normativo integral de los derechos humanos. Los mismos términos de referencia de los órganos derivados de los tratados cabe que se modifiquen no sólo por nuevos tratados o protocolos, sino también mediante declaraciones, tal y como hemos apreciado para el CDH por efecto de la Declaración sobre minorías. Lo propio cabría ahora observarse respecto a la DDPI, pues la misma puede entenderse como un desarrollo del artículo primero del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PDCP). El protocolo jurisdiccional del CDH no le otorga competencia sobre el proceso de descolonización, pero no lo hace en términos de sustraérsela sobre el artículo primero del Pacto, esto es sobre el derecho de libre determinación². Ahora, con la DDPI, ya no cabe duda de que la política internacional de descolonización y el derecho humano de libre determinación son cuestiones que pueden distinguirse. Puede así sostenerse que, sin necesidad de habilitación específica, el CDH tiene jurisdicción sobre la DDPI en cuanto que ésta desarrolla el artículo primero del PDCP por lo que concierne a los pueblos indígenas³.

12. El argumento vale igualmente para el MEDPI, bien que con la dificultad de que no se le conceda entrada directa en la práctica del EPU. El Consejo de Derechos Humanos no ha incluido la DDPI en el mandato del MEDPI como término normativo de referencia. Por asumirlo por sí mismo, como lo ha hecho, no se modifican los procedimientos del EPU. La participación directa del MEDPI como cuerpo experto en derechos de los pueblos indígenas no está prevista. Para un impulso en tal conveniente dirección, podría tener entrada el FP cual instancia promotora y coordinadora en el seno de Naciones Unidas en cuanto toca a cuestiones indígenas. El Consejo de Derechos Humanos ha hecho la previsión de asistencia de una representación del FP y del RE a las reuniones ordinarias del MEDPI, con lo que hay espacio para la cooperación en el ámbito mismo donde se efectúa el EPU. En todo

² (Primer) Protocolo Facultativo del PDCP, art. 7: “En tanto no se logren los objetivos de la resolución 1514 (XV) de la Asamblea General de las Naciones Unidas, de 14 de diciembre de 1960, relativa a la Declaración sobre la concesión de la independencia a los países y pueblos coloniales, las disposiciones del presente Protocolo no limitarán de manera alguna el derecho de petición concedido a esos pueblos por la Carta de las Naciones Unidas y por otros instrumentos y convenciones internacionales que se hayan concertado bajo los auspicios de las Naciones Unidas o de sus organismos especializados”, implicando así que la competencia al efecto la mantiene el Comité de Descolonización y que no le corresponde por tanto al CDH, el cual tiene en todo caso jurisdicción sobre todos y “cualquiera de los derechos enunciados en el Pacto” (art. 1).

³ En las vísperas (2006), UN Doc. CCPR/C/CAN/CO/5, *Concluding Observations of the Human Rights Committee: Canada*, pars. 8 y 9, sobre *aboriginal rights* invocándose por parte del CDH no solo el artículo 27, el de minorías, sino también el primero, el de libre determinación de los pueblos.

caso, esto importa a las formas de hacer valer la DDPI, no a su valor intrínseco. A efectos prácticos, es desde luego un extremo sensible. La misma obliga tanto al Consejo de Derechos Humanos como a su MEDPI. La propia asunción de la DDPI por parte del MEDPI como término normativo de referencia no ha sido discrecional, sino obligada, aunque el mandato del Consejo guardase silencio al respecto.

13. El profesor James Anaya, actual RE, viene abogando por un entendimiento de la DDPI en cuya virtud una buena parte de sus disposiciones, o al menos las más relevantes, recogen normas de derecho consuetudinario de los derechos humanos en relación con las personas y los pueblos indígenas. Los derechos humanos contemplados por la DDPI son los mismos derechos humanos que han sido reconocidos al resto de la humanidad sin necesidad de que haya una declaración de derechos de los pueblos no indígenas. En principio, la DDPI no hubiera tenido que ser ni siquiera necesaria. Si lo ha sido, es fundamentalmente para conseguir que todos los actores, comenzándose por los Estados, respondan a ella y así contribuyan a la garantía de los derechos del caso. Obsérvese también que, frente al concepto tradicional de derecho internacional consuetudinario, la DDPI puede contener normas de este carácter vinculante incluso contrarias a la práctica habitual de los Estados porque, conforme a lo visto, éstos no son los únicos actores en el campo del derecho internacional de los derechos humanos.

C. Conclusiones y recomendaciones

14. Es en todo este contexto donde cobran pleno sentido los artículos de la DDPI que, aun perteneciendo a una declaración, se refieren a su propio valor vinculante respecto a Estados, a pueblos indígenas y, desde luego, a Naciones Unidas en todo su despliegue de órganos y agencias tanto a nivel de sedes centrales como sobre el terreno: “Los Estados, en consulta y cooperación con los pueblos indígenas, adoptarán las medidas apropiadas, incluidas medidas legislativas, para alcanzar los fines de la presente Declaración”; “Las Naciones Unidas, sus órganos, incluido el Foro Permanente para las Cuestiones Indígenas, y los organismos especializados, en particular a nivel local, así como los Estados, promoverán el respeto y la plena aplicación de las disposiciones de la presente Declaración y velarán por su eficacia” (arts. 38 y 42). En Naciones Unidas, el artículo 42 de la DDPI no sólo compromete a instancias específicas como el FP, el RE y el MEDPI, sino a todos y cada uno de los órganos y agencias del sistema.

15. A efectos que no son tan sólo teóricos o doctrinales, debiera ante todo cancelarse completamente la contraposición categórica entre tratados y declaraciones; muy en particular, entre el Convenio 169 y la DDPI. La presunta razón que la sustenta resulta inconsistente a estas alturas. Es loable el empeño de la OIT por promover la ratificación del Convenio 169 como instrumento suyo; sin embargo, ello no debiera hacerse a costa de rebajar el perfil de la DDPI con argumentos como el de que el Convenio 169 es un instrumento independiente y de un valor distinto, por vinculante el uno y no vinculante la otra. La contraposición parece que persiste sobre todo por empeño de la misma OIT⁴.

⁴ Sistema de Naciones Unidas en Costa Rica, *La Declaración sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas: Una Agenda Pendiente*, seminario celebrado en San José el 11 de noviembre de 2008, intervención categórica de Kirsten-Maria Schapira-Felderhoff en representación de la OIT: el Convenio 169 es vinculante; la DDPI no es vinculante; el primero no puede ser una vía de recepción de la segunda.

16. De hecho, la DDPI ha elevado el perfil del Convenio 169 en virtud del artículo 35 de este segundo: “La aplicación de las disposiciones del presente Convenio no deberá menoscabar los derechos y las ventajas garantizados a los pueblos interesados en virtud de otros convenios y recomendaciones, instrumentos internacionales, tratados, o leyes, laudos, costumbres o acuerdos nacionales” (art. 35). El principal término de referencia de esta previsión del Convenio 169 ha de ser ahora la DDPI. De este modo, el Convenio puede constituir un instrumento realmente valioso para la recepción efectiva de la DDPI en el caso de los Estados que son parte del mismo o que lo vengán a ser en el futuro. Aun después de la DDPI, la política de promoción del Convenio 169 por parte de la OIT debe merecer todo el apoyo del FP, el RE, el MEDPI y el GAI, bien que, para conformarse no sólo a la DDPI, sino también a su propio Convenio 169, la OIT debiera establecer una instancia específica de participación indígena en la supervisión del mismo. En cuanto al “apoyo” que presta nombre al GAI, éste debe ser ahora ante todo a la DDPI con carácter además, según sus propios términos vinculantes, ya no voluntario.

17. La DDPI no es la primera declaración con valor similar a un tratado, pero sí es la primera declaración que cuenta de antemano con instancias específicas de supervisión como el FP. En su calidad de instancia promotora y coordinadora en el seno de Naciones Unidas respecto a las cuestiones indígenas, el FP tiene ahora ante sí el reto de impulsar la aplicación y eficacia de la DDPI entre los cuerpos y agencias de las mismas Naciones Unidas, y muy en particular por obra del Consejo de Derechos Humanos, mediante el EPU, y de los órganos supervisores de tratados. El reto consiste entonces en lograr, junto con el RE y el MEDPI que toda la constelación de Naciones Unidas comience a responder al mandato del artículo 42. El mismo GAI, con la OIT incluida, parece que necesitan del impulso desde la base, mediante la guía y con la perspectiva del valor vinculante de la DDPI.

18. Todo cuanto puedan y deban hacer otros órganos y agencias de Naciones Unidas el FP no habrá de asumirlo. Dígase esto en relación no sólo al RE y el MEDPI, sino a todos los órganos y agencias de las Naciones Unidas. Piénsese en lo dicho sobre la posible jurisdicción del CDH sobre la DDPI vía artículo primero del PDCP. En la DDPI los derechos de los pueblos indígenas se presentan como despliegue y concreción del derecho a la libre determinación. Para la DDPI son manifestación y constituyen garantía de tal derecho fundamental. Ahí radica la diferencia y el avance respecto al Convenio 169. Y no es la DDPI instrumento de agencia especializada que sólo además vincule a los Estados signatarios, sino norma general de derechos humanos. En cuanto que desarrollo del artículo primero del PDCP con valor de interpretación auténtica, el CDH ha de tomarla en consideración. Podría incluso instar a los Estados partes del pacto, una gran mayoría de los mismos, a que incluyan en sus informes el capítulo de las disposiciones y políticas adoptadas para dar efecto al artículo primero del PDCP en todo cuanto interesa a los pueblos indígenas conforme a la guía detallada de la DDPI.

19. ¿Qué puede hacer por su parte el FP para responder a sus responsabilidades en virtud del artículo 42 de cara al conjunto de órganos y agencias de Naciones Unidas? Una sugerencia formulada en el informe sobre el artículo 42 de Ida Nicolaisen y Wilton Littlechild podría servir al efecto. Me refiero a la propuesta de constitución de una cámara o “Comité sobre la Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos

indígenas” (CDDPI) en el propio seno del FP⁵. Conforme a todo lo que acabo de argumentar, el CDDPI podría hacerse cargo del seguimiento, en el marco normativo común de las obligaciones derivadas del artículo 42, tanto del desarrollo del EPU y del desempeño de los órganos supervisores de tratados como también de los programas y acciones de las agencias en sus sedes centrales y sobre el terreno. Los informes del CDDPI podrían servir de base para recomendaciones adoptadas por el pleno del FP. La asunción de este cometido respondería a los términos de mandato del FP y no se interferiría con las funciones, conforme a sus respectivos mandatos, del RE y del MEDPI, sino que podría complementarlas. Sería un modo de impulsar la debida atención a la DDPI por parte de todo el sistema de las Naciones Unidas según lo dispone su artículo 42 con el objetivo de alcanzar su “plena aplicación” y “eficacia”.

⁵ UN Doc. E/C.19/2008/2, *Estructuras, procedimientos y mecanismos que existen actualmente o que puedan establecerse para abordar con eficacia la situación de los derechos humanos de los pueblos indígenas*, III.A, par. 39, disponible en línea entre los documentos de la séptima sesión del FP.