

LOS TRATADOS INTERNACIONALES Y PUEBLOS INDÍGENAS*

Soledad Torrecuadrada García-Lozano*

Sumario: I. INTRODUCCIÓN. II. UN PROBLEMA BÁSICO: LOS ACUERDOS CELEBRADOS ENTRE LOS PUEBLOS INDÍGENAS Y LOS ESTADOS COLONIZADORES. III. EL ACUERDO ENTRE LOS PUEBLOS INDÍGENAS Y ESTADOS COMO MEDIO PARA RESOLVER LOS PROBLEMAS ACTUALES.

I. INTRODUCCIÓN

En 1971, el Consejo Económico y Social adoptó una resolución por la que autorizaba a la Subcomisión de NN.UU. sobre la Prevención de la Discriminación y la Protección de Minorías a que desarrollara un estudio sobre el problema de la discriminación contra los pueblos indígenas, cuya elaboración se encomendó a J.R. Martínez Cobo¹. En este trabajo se subrayaba la importancia de los tratados celebrados entre pueblos indígenas y potencias europeas y sus sucesores, así como el necesario estudio de la utilidad de concluir en la actualidad de acuerdos entre los citados grupos y Estados independientes. En este punto, el relator especial afirmaba la necesidad de emprender un análisis profundo de diversos aspectos como sus efectos, las consecuencias de la existencia del texto, o de su eventual incumplimiento. La idea era realizar el análisis precitado teniendo en cuenta las opiniones de todas las partes interesadas: los Estados y los pueblos indígenas que habían celebrado acuerdos de este tipo.

La Subcomisión sobre Prevención de la Discriminación y Protección de las Minorías teniendo en cuenta la recomendación de Martínez Cobo adoptó una resolución en septiembre de 1987 por la que encomendaba la realización de un Estudio relativo a «los tratados concluidos entre pueblos indígenas y Estados» a Miguel Alfonso Martínez². Esta resolución fue sometida a consideración en la 44ª sesión de la Comisión de Derechos Humanos, que a su vez, adoptó otra resolución

* Este es un capítulo de mi libro *Los derechos de los pueblos indígenas*, Madrid, 2001 (en prensa).

* Profesora Titular de Derecho Internacional Público y RR.II. de la Universidad Autónoma de Madrid.

© Soledad Torrecuadrada. Todos los derechos reservados.

¹ Véase el texto del Informe elaborado en UN Doc. E/CN.4/Sub.2/1986/7/Add.4

² Véase la resolución 1987/17 de 2 de septiembre de 1987.

-la 1988/56³- endosando la recomendación y fijando los ejes alrededor de los cuales debía desarrollarse el trabajo. El informe final del *Estudio sobre los tratados celebrados entre pueblos indígenas y Estados* se presentó en 1998 -habiéndose invertido el relator especial en su confección un total de nueve años-.

En las páginas que siguen estudiaremos diversos aspectos relacionados con los tratados que afectan directa o indirectamente a los pueblos indígenas, bien por ser partes en ellos, o porque sin serlo, el tratado incorpora disposiciones dirigidas a estos grupos; sin olvidarnos de los denominados “arreglos constructivos” que, aunque son acuerdos de derecho interno, tienen subrayado interés por erigirse como el instrumento capaz de normalizar las relaciones de convivencia en las sociedades pluriculturales.

II. UN PROBLEMA BÁSICO: LOS ACUERDOS CELEBRADOS ENTRE LOS PUEBLOS INDÍGENAS Y LOS ESTADOS COLONIZADORES

Son múltiples las cuestiones que suscitan los acuerdos celebrados entre los pueblos indígenas y los Estados colonizadores o sus sucesores, el primero de ellos es su misma consideración como Tratados Internacionales, así como su significación, entendiendo por tal su validez, teniendo en cuenta las reglas convencionales vigentes en la época de su celebración o su relevancia actual, en este punto haremos también referencia a los tratados celebrados entre Estados pero que afectan a los pueblos indígenas, para detenernos a considerar si sus disposiciones resultan oponibles a estos últimos.

A. ¿Son Tratados internacionales?

A la luz de la definición que contiene el art. 2.1.a) de la Convención de Viena de 1969 sobre el Derecho de los Tratados celebrados entre Estados, los denominados tratados realizados entre las autoridades indígenas y los Estados civilizados y sus sucesores no serían tales, debido a que uno de los celebrantes no es un Estado. Pero esta definición tan sólo significa que dichos acuerdos, con independencia de su calificación, no se encuentran dentro del ámbito objetivo de aplicación de la Convención. Lo mismo puede decirse de la Convención de Viena de 1986 sobre el Derecho de los Tratados celebrados entre Estados y Organizaciones Internacionales o entre Organizaciones Internacionales⁴. Sin

³ UN Doc. E/CN.4/ Sub.2/1988/24/Add.1

⁴ Resulta interesante la doctrina en la época en la que se estaba produciendo la codificación. El Proyecto de artículos de la CDI de 1965 -Véase en CDI *Annuaire* 1965, t.II, p. 35- establecía que el tratado era un acuerdo entre Estados, opinión compartida con Ch. ROUSSEAU -*Derecho Internacional Público*, Barcelona, 1966, 3ª ed. p. 125-; OPPENHEIM -*International Law*, 8ª ed. de H. Lauterpacht, Londres 1955-1960, t. I, p. 877-, McNair *The Law of Treaties*, Oxford 1961, p.4-; los Proyectos Brierly -CDI *Annuaire* 1950, t. II, p. 223- y Lauterpacht -CDI *Annuaire* 1953, t. II, p. 90- entendían que tratados internacionales eran los acuerdos celebrados entre Estados u Organizaciones de Estados; y, por último Schwarzenberger, G. -*A Manual of International Law* t.1, Londres, 4ª ed. 1960, p. 26-, VERDROSS, A. y SIMMA, B., *Universelles Völkerrecht*. 3ª ed. Berlín, 1984, p.337-, BARBERIS, J. *Formación del Derecho Internacional*, Buenos Aires, 1994, p. 49 y los Proyectos FITZMAURICE - en CDI, *Annuaire* t.II, p. 106-, WALDOCK, -en CDI,

embargo, no es nuestro interés aquí establecer si los acuerdos celebrados en la actualidad entre los Estados y los pueblos indígenas que habitan su territorio pertenecen o no a la categoría de tratados internacionales, sino analizar si los que se concluyeron fundamentalmente a lo largo de los siglos XVIII y XIX eran o no tratados en virtud del Derecho Internacional vigente en la época⁵. Ello nos obliga a plantearnos la cuestión de la subjetividad internacional de los pueblos indígenas durante el tiempo en el que estos acuerdos se celebraron.

Cuando hablamos de tratados realizados entre los pueblos indígenas y los Estados Europeos o sus sucesores nos estamos refiriendo a una práctica desarrollada principalmente (pero no en exclusiva) en el proceso colonizador británico. Se trata de un modelo de colonización que responde a una época evolucionada, puesto que pretende añadir al de la *terra nullius* otros títulos de adquisición de la soberanía territorial⁶. Como indica el relator especial en su primer informe del *Estudio sobre los tratados celebrados entre los poderes indígenas y los Estados* (parágrafo 131), los españoles y portugueses «Only on very rare occasions, specifically in the remote southern regions of South America, the new masters felt the need to enter into negotiated agreements with the autochthonous peoples».

Sin que lo anterior implique la inexistencia de tratados celebrados con los pueblos indígenas⁷. Por ejemplo, el Gobernador español de Tucumán, Jerónimo Matorras, concluyó un tratado con los Toba y Mocoví en 1774, en el que se establecían medidas para proveer a la asimilación de los pueblos existentes en los territorios indígenas del Chaco. También existe un importante número de Tratados de paz celebrados a lo largo de los siglos XVII y XVIII con los Mapuches, siendo el primero de ellos el de la Paz de Quilín, datado en 1641⁸.

Los tratados utilizados por los Estados frente a los pueblos indígenas han sido «instrumentos del colonialismo»⁹, desde la aplicación de la doctrina de la *terra*

Annuaire 1962, t. II, p. 35-; o el Proyecto de la CDI de 1962, *Id.* p. 186- defendían que tratado internacional era el celebrado entre Estados u otros sujetos de Derecho Internacional con capacidad suficiente para ello.

⁵ Esta cuestión ha sido analizada en nuestra doctrina por la Profesora P. ANDRÉS SAENZ DE SANTAMARIA en “El estatuto internacional de los poderes indígenas locales”, en *Hacia un nuevo orden internacional y Europeo. Homenaje al Prof. M. Díez de Velasco*, Madrid, 1993, pp. 67-77.

⁶ La *terra nullius* como título de adquisición territorial se entendió insuficiente ya en la época de las conquistas, a pesar de lo cual algunos tribunales nacionales en la actualidad continúan defendiéndola. Es el caso del Tribunal Supremo australiano que en su Sentencia *Mabo v. the Queensland*, de 1992 afirmaba que los territorios de la actual Australia eran «desert and unoccupied: and by which the dispossession and oppression of the indigenous peoples of this country was justified» *Vid.*, en <http://www.halcyon.com/pub/FWDP/Oceania/un-aust.txt>.

⁷ Acuerdos que sí se concluyeron en Africa y Oceanía. El mismo Hernán Cortés celebró tratados, que no cumplió, de los que dan cuenta los historiadores, por ejemplo, con Moctezuma, al objeto de que se sometiera a vasallaje del Emperador. Véase en H. THOMAS, en *La Conquista de México*, Madrid, 1994, pp. 364-367 y 699-701.

⁸ Véase F. Frias Valenzuela, *Historia de Chile*, tomo I, Santiago de Chile, 1959, pp. 253 y ss-.

⁹ *Estudio sobre los tratados celebrados entre pueblos indígenas y Estados*, parágrafo 98. También sirvieron a los fines del colonialismo los acuerdos denominados de alejamiento impuestos a los

nullius como fundamento de la adquisición territorial, descartada en nuestro siglo por la CIJ en su opinión consultiva relativa al *Sáhara Occidental*, conclusión que alcanzó ya en el siglo XVI Francisco de Vitoria, quien en su *Relectio de Indis* establecía que

«...eran los bárbaros verdaderos dueños pública y privadamente ... Por donde, como aquellos bienes no carecen de dueño, no pueden caer bajo ese título- Y aunque este título pueda valer algo junto con otro ... , por sí solo no justifica la posesión de aquellos bárbaros, no más que si ellos nos hubieran descubierto a nosotros.»¹⁰

Pues bien, puestos a añadir títulos al de la *terra nullius* ¿cual mejor que la misma voluntad de los pobladores de las tierras que iban a ser conquistadas?. En este punto, debemos volver a Vitoria que, en *Relectio de Indis*, afirma que la *elección voluntaria* no es un título suficiente para fundamentar la adquisición territorial europea sobre los territorios conquistados. Para ello utiliza el siguiente razonamiento:

«Está claro primero, porque debían hallarse ausentes el miedo y la ignorancia que vician toda elección. Pero esto es precisamente lo que más interviene en aquellas elecciones y aceptaciones, pues los bárbaros no saben lo que hacen, y aun quizá ni entienden lo que les piden los españoles. Además, esto lo piden gentes armadas a una turba desarmada y medrosa y rodeada por ellas.

Además, teniendo ellos, como tienen y ya se dijo antes, sus propios señores y príncipes, no puede el pueblo sin causa razonable llamar a nuevos señores, porque sería con perjuicio de los primeros.

Como, pues, no concurren a esas elecciones y aceptaciones todos los requisitos necesarios para una elección legítima, en absoluto este título no es legítimo ni idóneo para ocupar y obtener aquellas provincias.»¹¹

La mayor parte de la doctrina que ha estudiado la subjetividad internacional de los pueblos indígenas en la época en la que se celebraron los tratados de referencia se muestra partidaria de la citada subjetividad¹². Así G.T. Morris afirma que fue posible el establecimiento de relaciones de naturaleza internacional porque ambas partes gozaban de subjetividad, entendiendo que los pueblos indígenas contaban con la capacidad jurídica necesaria para negociar y celebrar tratados¹³.

pueblos indígenas del sudeste de los Estados Unidos durante la década de los años 30 del siglo XIX; así como los actos normativos internos por los que se abusaba o ignoraba la jurisdicción previamente reconocida a los indígenas. El relator especial señala como ejemplos en este sentido los siguientes: el Seven Major Crimes Act o el Dawes Severalty Act en Estados Unidos, el Indian Act canadiense, la legislación post-Mabo en Australia o diversos actos normativos nacionales existentes en distintos países de América Latina.

¹⁰ Hemos manejado *LAS RELECCIONES DE INDIS Y DE IURE BELLI* de Fray Francisco de Vitoria, O.P., fundador del Derecho Internacional. Washington, D.C., 1963.p. 202.

¹¹ *Id.* Nota anterior, pp. 215-6.

¹² Lord MCNAIR *-The Law of Treaties*, Oxford, 1961, p. 52- ha indicado que «according to the modern doctrine of international law, an agreement made between a State and a native chief or tribe cannot be regarded as a treaty in the international sense of the term; nor can it be said that such an agreement produces the international effects commonly produced by a treaty», sin que ello pueda interpretarse como una negación a la naturaleza convencional de los textos celebrados, puesto que no podemos olvidar la primera frase de la cita transcrita.

¹³ G.T. MORRIS “The Support of the Right of Self-Determination for Indigenous Peoples under

Cabe argumentar esta conclusión de diferentes maneras: cuando se celebraron los tratados, los pueblos indígenas reunían los elementos constitutivos del Estado requeridos a lo largo de la historia para reconocer la subjetividad internacional de estos grupos humanos: territorio, población y forma de gobierno; bien es cierto que con características distintas de las imperantes en Europa en la época, pero de la presencia de estos elementos se desprendía su subjetividad, y por lo tanto, su *ius ad tractatum*¹⁴. Por lo que, formalmente al menos, dado que se concluyeron entre sujetos de Derecho Internacional, sí podemos considerar la naturaleza convencional de los textos celebrados.

En este sentido, E. Vattel, en el siglo XVII defendía la *estatalidad* de los grupos indígenas, al entender que, algunos pueblos aborígenes no europeos contaban con los rasgos propios de los Estados, correspondiéndoles, por ello, el disfrute de los derechos atribuidos a estos sujetos¹⁵. Afirmaba además Vattel que los grupos indígenas, a pesar de estar sometidos a los Estados europeos,

International Law”, en *German Yearbook of International Law*, vol. 29, 1986, pp. 289, establece que suecos e ingleses, siguiendo el ejemplo de los holandeses «which not only conceded that the indigenous nations were absolute sovereigns of the soil The Native governments acted as sovereigns, and were regarded as sovereigns by the Europeans ... ». También, C.H. ALEXANDROWICZ -“Treaty and Diplomatic Relations between European and South Asian Powers in the Seventeenth and Eighteenth Centuries”, en *Rec. des C. t.* 100 (1960-II), p. 265-311.- después de analizar los tratados celebrados entre los países europeos y los poderes indígenas establecidos en el sur de Asia, concluye que, a pesar de ser tratados desiguales y de incluir cláusulas discriminatorias -por las que los Estados asiáticos concelebrantes se obligaban a no mantener relaciones comerciales con otros Estados distintos de aquel con el que estaban celebrando el tratado o sus nacionales, las relaciones establecidas -entre los siglos XVI y XVIII- entre los poderes europeos y los del este de la India fueron de naturaleza diplomática y convencional: «found their proper place within the framework of the pre-nineteenth century system of the law of nations». M.F. LINDLEY -*The Acquisition and Government of Backward Territory in International Law*, Londres, 1926, pp. 24-32- afirma que «there had been a persistent preponderance of juristic opinion in favour of the proposition that lands in the possession of any backward peoples who are politically organized ought not to be regarded as if they belonged to no one».

¹⁴ Es importante recordar que el derecho no-indígena hace tiempo defiende la teoría del valor declarativo del reconocimiento. De modo que para el ejercicio de las competencias que les corresponden como sujetos de Derecho Internacional se requiere que posean los elementos necesarios para ser considerados sujetos internacionales: territorio, población y una forma institucionalizada de gobierno y por tanto, la capacidad para celebrar tratados. Véase en este sentido el parágrafo 291 del *Estudio sobre los tratados celebrados entre pueblos indígenas y Estados*.

¹⁵ E. Vattel, *The Law of Nations, or The Principles of Natural Law*, colección *Classics of International Law Series*, 1916, p. 38. Esta afirmación la realiza en un momento en que el concepto de Estado respondía al modelo europeo de organización social y política y lo hace en relación con las poblaciones indígenas que, como el mismo autor reconoce, antes del contacto con los Europeos, poseían una organización tribal, estructuras políticas descentralizadas y, con frecuencia, vinculadas en confederaciones. Véase en este sentido, J.H. SHENNAN, *Liberty and Order in Early Modern Europe: The Subject and the State 1650-1800*, 1986, p. 3; S. HALL “The State in Question”, en *The Idea of the Modern State*, ed. G. McLennan y otros, 1984, pp.7-9; A. VINCENT, *Theories of the State*, 1987, pp. 45-47. D. CHAMPAGNE, por su parte, en *Social Order and Political Change: Constitutional Governments among the Cherokee, the Choctaw, the Chickasaw and the Creek*, 1992, describe la organización social de varios grupos de indios de America del Norte.

continuaban gozando de *estatalidad*, de la misma forma que el Estado no perdía su soberanía o independencia por encontrarse bajo la protección de otro, siempre que conservase sus poderes de autogobierno¹⁶.

También se ha afirmado que el elevado número de tratados que se concluyeron entre los siglos XVIII y XIX pueden considerarse una prueba de la capacidad convencional de los pueblos indígenas¹⁷. Sin embargo, éste es un argumento circular carente de utilidad a los fines de nuestro estudio; si pretendemos comprobar que esos textos fueron tratados internacionales, su número no es más que un índice de que se produjeron negociaciones entre los poderes indígenas y los no-indígenas; lo que no se deduce de este dato es el carácter de la relación. Distinto de lo anterior es que en los acuerdos concluidos se reconociera la subjetividad del pueblo indígena con el que se negociaba, como es el caso del Tratado de Fort Pitt de 1778 entre la Confederación y los indios Delaware¹⁸. Este reconocimiento es un contenido habitual en la mayoría de los acuerdos celebrados en el territorio de los actuales EE.UU. durante esa época y prácticamente hasta la mitad del siglo XIX, lo que nos conduce a afirmar que este Estado reconocía expresamente la subjetividad internacional de los pueblos indígenas a través de estos instrumentos convencionales¹⁹.

Sin embargo, aunque en la actualidad esta afirmación nos parezca meridianamente evidente, en la época en la que se celebraron los acuerdos resultaba cuestionable. Prueba de ello es que la Constitución federal de los EE.UU. de 1787 -época en la que se estaban concluyendo múltiples acuerdos- establecía de manera ambigua el estatuto jurídico de los indígenas existentes en su territorio, sin considerarles parte de los Estados surgidos fruto de las colonias unidas en la Federación, pero tampoco Estados extranjeros. El art.1, sección octava, cláusula tercera afirma la competencia del Gobierno Federal para dictar normas por las que se rija el comercio «with foreign Nations and among the several States, and with the Indian Tribes», lo que aparentemente muestra la existencia de tres estatutos jurídicos diferentes: (a) los Estados extranjeros, (b) los Estados de la Federación; y, (c) las tribus indias.

Por tanto, los EE.UU., que celebraron alrededor de cuatrocientos tratados con las tribus indias asentadas en su territorio, no tenían muy claro si las relaciones con los pueblos indígenas pertenecían al ámbito interno, internacional,

¹⁶ E. Vattel, op. cit., pp. 11-12.

¹⁷ M.F. LINDLEY *The Acquisition and Government of Backward Territory in International Law*, 1926, p. 45-46, afirmaba que los pueblos atrasados no europeos que contaran con un mínimo de organización podían adquirir el estatuto de miembro de la sociedad internacional, siguiendo el procedimiento establecido al efecto.

¹⁸ El texto del Tratado de Fort Pitt puede consultarse en Institute for Development of Indian Law, *Eastern Oklahoma*, Washington D.C., 1980, pp. 1-3.

¹⁹ Como indican en relación con el reconocimiento implícito A. REMIRO y R. RIQUELME, J. DÍEZ-HOCHLEITNER, E. ORIHUELA y L. PÉREZ-PRAT (en *Derecho Internacional*, Madrid, 1997, p. 56) «El principal problema que plantea este tipo de reconocimiento es la constatación de la voluntad de reconocer por parte del sujeto al que son imputables los actos de que se trate», por lo que la celebración de tratados bilaterales no supondrá automáticamente la consideración de reconocimiento implícito, sino que dependerá del contenido del tratado en cuestión.

u otro, aunque en el precepto indicado parece subyacer la intención de reconocimiento de la soberanía o, cuando menos, de autogobierno de los pueblos indígenas. Lo importante es que esta disposición extrae a los grupos indios de los asuntos internos. Por otra parte, al no considerarles Estados extranjeros se impedía considerar como internacionales las relaciones establecidas con estos grupos, vedándoles el acceso a las garantías, procedimientos y mecanismos de protección establecidos por el ordenamiento internacional.

La jurisprudencia del Tribunal Supremo de los EE.UU. resulta ilustrativa en este punto. Cuando en 1831 la nación cherokee se vió negativamente afectada por algunos actos del gobierno del Estado de Georgia -que pretendía extender su jurisdicción penal al territorio Cherokee-, acudió al Tribunal Supremo para entablar una acción contra el Estado persiguiendo la suspensión de la ejecución de las normas de referencia. El Juez Marshall estableció que los cherokee eran una nación doméstica dependiente y tutelada, motivo por el cual el Tribunal Supremo debía declararse incompetente para conocer del fondo del asunto²⁰. Al año siguiente el Tribunal vuelve a pronunciarse acerca de la misma cuestión (en *Worcester v. Georgia*), y en esta ocasión el Juez Marshall estima que los Cherokees no son ni una nación extranjera ni doméstica, sino una comunidad política protegida por la Confederación, semejante a los tributarios o feudatarios de los Estados de Europa por lo que el Estado de Georgia no podía extender su jurisdicción penal al territorio Cherokee²¹. A pesar de las sentencias pronunciadas por el Tribunal Supremo, conscientes de que los problemas no se resolvían, los EE.UU. celebraron un nuevo acuerdo con los Cherokees el 27 de marzo de 1837, en virtud del cual este pueblo abandonó todas las tierras que poseía al este del Misisipi, en beneficio de EE.UU. y a cambio de cinco millones de dólares²². A pesar de la incertidumbre que rodeaba el estatuto jurídico de los pueblos indígenas

²⁰Véase *Cherokee Nation v. Georgia*, 30 US (5 Pet.), 1981, 1-17. Citado entre otros por R. OCTAVIO -"Les sauvages américains devant le droit", *Rec. des C.* 1930-I, tomo 31, p. 246-247, S. J. ANAYA *Indigenous Peoples in International Law*, Oxford, 1996, pp. 136-137; también UN Doc. E/CN.4/Sub.2/1992/32, parag. 153, p. 27. Durante los siglos XIX y XX la tendencia jurisprudencial ha seguido la iniciada con esta sentencia, puesto que la intención de los Estados en este punto era la de someter las relaciones con los pueblos indígenas a su jurisdicción doméstica. Podemos citar aquí como ejemplo la Sentencia arbitral de 1926 en el caso de los indios Cayuga (*Canada v. US*), en el que se consideró que la tribu en cuestión no constituye una nación, ya que una tribu «is not a legal unit of International Law», entendiéndose además que si «an Indian tribe exists as a legal unit, it is by virtue of the domestic law of the sovereign within whose territory the tribe occupies the land, and so far only as that law recognizes it», Véase en 6, *Report of International Arbitral Awards*, 173, 309 (1926).

²¹ S. JAMES ANAYA *Indigenous Peoples in International Law*, Oxford, 1996, pp. 136-137, indica que si bien tanto el Derecho interno como el Derecho Internacional han evolucionado considerablemente en el siglo y medio transcurrido desde que se dictó *Worcester v. Georgia* (en 1832), este criterio continúa siendo aplicable tanto por los tribunales de los EE.UU. como por los tribunales internos de otros Estados cuya estructura constitucional establece un sistema de recepción automática de las normas internacionales en su derecho interno.

²² Véase el texto del Tratado en <http://www.halycon.com/pub/FWDP/Americas/cherokee.txt> El 28 de mayo de 1830 se adoptaba el *Indian Removal Act*, por el que se autorizaba al Presidente de EE.UU. a expulsar a las naciones indígenas establecidas al este del río Misisipi a los territorios no colonizados al oeste de dicho río.

que habitaban el actual territorio de EE.UU., continuaron celebrándose acuerdos con los líderes de estos grupos humanos a los que se siguió denominando tratados.

La doctrina negadora de la subjetividad internacional de los pueblos indígenas surge recientemente. Así, a finales del siglo XIX, el publicista británico John Westlake hace una de las más completas exposiciones de la justificación positivista para la exclusión categórica de los pueblos indígenas como sujetos de Derecho Internacional²³. Para ello distingue entre humanidad civilizada y no civilizada, contemplando la sociedad internacional limitada a la primera (civilizada). Sólo los esquemas de gobierno europeos y la vida sedentaria superaban el test de la civilización y, evidentemente, los grupos indígenas no reunían estas características.

A comienzos del siglo XX los más ilustres internacionalistas continuaban considerando que los pueblos indígenas carecían de derechos al amparo del Derecho Internacional²⁴. En la edición de 1920 de su *International Law*, L. Oppenheim señala que el fundamento de la exclusión de los pueblos indígenas de entre los sujetos de Derecho Internacional se reduce a que sólo cuentan con este estatuto aquéllos que pertenezcan a la «familia de naciones»²⁵, terminando de esta manera con la ambigüedad acerca del estatuto de los pueblos indígenas y las tribus indias, al afirmar que el Derecho internacional no se aplica a las tribus nómadas organizadas²⁶.

La reciente jurisprudencia canadiense sigue la tendencia definida por las afirmaciones anteriores. Partiendo del art. 35.1 de la Constitución de 1982 que establece: «The existing aboriginal and treaty rights of the aboriginal peoples of Canadá are hereby recognized and affirmed», en sendas sentencias emitidas en 1986 y 1990, los tribunales han entendido que los tratados celebrados entre Gran

²³ J. WESTLAKE, *Chapters on the Principles of International Law*, Londres, 1894.

²⁴ Hemos de tener en cuenta que, desde el punto de vista del Derecho Internacional de la época, los territorios indígenas eran *terra nullius* antes de la llegada de los europeos. Para adquirir las tierras indígenas los Estados colonizadores necesitaban sólo la efectiva ocupación del territorio y el reconocimiento de tal ocupación por la familia de naciones que proveía de un mecanismo legal para que los Estados colonizadores consolidaran su soberanía territorial sobre las tierras indígenas -Ch. HYDE, *International Law Chiefly as Interpreted and Applied by the United States*, 1922, p.163 y ss. y L. OPPENHEIM, op. cit., p. 384-. En consecuencia, los tratados con las tribus americanas y otros poderes indígenas podían ser ignorados, sin que ello se equiparara a un incumplimiento, puesto que en su celebración se habían ignorado las prescripciones de Derecho Internacional; llama la atención que se concluyeran tratados sobre una tierra que se consideraba *nullius*.

²⁵ L. OPPENHEIM *International Law*, 1920, pp. 134-135: «As the basis of the Law of Nations is the common consent of the civilised States, statehood alone does not imply membership of the Family of Nations ... Through recognition only and exclusively a State becomes an International Person and a subject of International Law» La familia de naciones estaba compuesta por los viejos Estados cristianos de la Europa Occidental, el grupo de Estados cristianos aparecidos fuera de Europa, incluyendo a los americanos que fueron colonia de los Estados Europeos, además de dos Estados no cristianos: Turquía y Japón que habían alcanzado un nivel de civilización semejante al europeo occidental.

²⁶ En este sentido, el jurista americano Ch. HYDE -op. cit., pp. 163-164- concluía que «the American Indians have never been regarded as constituting persons or States of International Law».

Bretaña y los pueblos indígenas asentados en el territorio del actual Canadá eran acuerdos de naturaleza *sui generis* que «neither created nor terminated according to rules of international law», de modo que las relaciones establecidas en virtud de aquellos textos cuentan con una naturaleza «somewhere between the kind of relations conducted between sovereign States and the relations that such States have with their own citizens»²⁷. A pesar de ello, el relator especial para *el Estudio de los tratados celebrados entre los poderes indígenas y los Estados*, en su primer informe se muestra partidario de considerar que los pueblos indígenas encontrados por los europeos eran entidades políticas, con plena personalidad jurídica y capacidad suficiente para celebrar tratados²⁸.

En este punto resulta de incuestionable utilidad el estudio de H.R. Berman quien indica que el Derecho de las Naciones a finales del siglo XVII y durante el XVIII no exigía una particular forma de organización política para permitir la actuación soberana en las relaciones internacionales²⁹. En definitiva, cuando los colonizadores contactaron con los pueblos indígenas éstos contaban con formas de organización política y gobierno perfectamente desarrolladas, aunque no comparables con los modelos estatales actuales³⁰. El relator especial sobre *los tratados concluidos entre pueblos indígenas y Estados* establece que los tratados se realizaron teniendo en cuenta el reconocimiento de la capacidad de las partes

²⁷ Son las sentencias *Simon v. The Queen* (1986), 24 DLR (4th) 390 (S.C.C.) , p. 404, and *R. v. SIOUI* /1990) 3 C.N.L.R. 127 (S.C.C.) citado en UN Doc. E/CN.4/Sub.2/1992/32, parágrafo 156. En esta jurisprudencia se significa además que el Gobierno canadiense con fundamento en su *Constitution Act* de 1867 tiene «capacity to make legislation in those areas which affects aboriginals and other people» Véase sección 91 (24) de la sentencia *Simon v. The Queen*. La jurisprudencia canadiense no es la única que ha realizado este tipo de pronunciamientos. Así dentro de la estadounidense observamos que el Tribunal Supremo, en 1955 indicaba la imposibilidad de que los Tlingit, habitantes de Alaska, demandaran título alguno sobre la tierra porque no existían tratados en los que éste se hubiera reconocido (es la sentencia *Tee-Hit-Ton Indians v. United States* -348 U.S. 272-). En 1973, la sentencia *McClanahan v. Arizona Tax Commission* (411 U.S. 164), establecía que la soberanía india era una «mere 'legal fiction' conveying no real legal entitlements, but which might serve instead as a convenient 'backdrop' against which the meaning of treaties and other agreements might be read». En 1978, en el caso *Oliphant v. Suquamish Tribe* (435 U.S. 191) se indicaba que los Indios carecen de jurisdicción penal sobre los no-indios que viven dentro de sus reservas, opinión que este tribunal mantiene en 1990, en la sentencia en el asunto *Duro v. Reina* (110 St. C. 2053). Véase en W. CHURCHILL y G. MORRIS “Key Indian Laws and Cases”, en *The State of Native America* (ed. por A. Jaimes), Boston, 1992, pp. 19-20.

²⁸ Véase parag. 158 del *Primer Informe del Estudio sobre los tratados celebrados entre los poderes indígenas y los Estados*.

²⁹ H.R. BERMAN “Perspectives on American Indian Sovereignty and International Law, 1600-1776”, en (O.R. LYONS y J. MOHAWK eds.) *Exiled in the Land of the Free: Democracy, Indian Nations and the United States Constitution*, Santa Fé, 1992. Además el parágrafo 158 del *primer informe de su estudio sobre los tratados celebrados entre los poderes indígenas y los Estados*, establece que «in English –and French- settled areas in North America and in those times, indigenous peoples/nations were indeed recognized as such by their European counterparts, in accordance with the basic notions of the law of nations then applicable by non-indigenous standards».

³⁰ Véase por todos H.R. BERMAN op. cit. p. 129, quien afirma (p. 130) que «it is often overlooked in this context that the European societies that first encountered indigenous nations were themselves only in the early stages of evolving forms of statehood in the contemporary sense».

para aceptar obligaciones y adquirir derechos de acuerdo con el contenido de los tratados concretos³¹.

La profesora P. Andrés, después de analizar la doctrina y la jurisprudencia que se ha pronunciado acerca de esta cuestión, concluye señalando:

«Desde una perspectiva meramente formal es evidente que el ordenamiento internacional reconoce cierto status a los poderes locales, atribuyéndoles derechos vinculados a la posesión del territorio; este reconocimiento conduce a la matización del concepto de terra nullius. Pero desde una perspectiva material, se observa claramente que la consagración de ese estatuto solo obedece en realidad al interés por facilitar los modos de adquisición de los territorios pertenecientes a las comunidades indígenas con vistas a su dominación colonial, como lo prueba el hecho de que en ausencia de tratado de cesión la conquista constituyera igualmente un título válido.»³²

Esta reflexión resulta muy adecuada teniendo en cuenta el objeto sobre el que versan los textos en cuestión: la mayor parte de su contenido se refiere precisamente a la articulación de la cesión de los territorios ocupados por los pueblos indígenas³³. La afirmación realizada por la Profesora Andrés apunta perfectamente el problema sobre el que nos queremos detener ahora: desde una perspectiva formal son tratados internacionales porque, en aplicación del derecho vigente en la época en la que se concluyeron, los celebraban dos sujetos de Derecho Internacional; nos resta por plantear el efecto posterior de esos tratados, caracterizado, según F.S. Cohen por el subrayado utilitarismo de las potencias europeas -y sus sucesores- en relación con los pueblos indígenas

«During the years when the rivalries of England, France and Spain on the continent gave

³¹ Véase *Estudio sobre los tratados celebrados entre pueblos indígenas y Estados*, parágrafo 148.

³² P. ANDRÉS SAENZ DE SANTAMARÍA "El estatuto internacional ... op. cit., pp. 76-77.

³³ Aunque el principal interés de las potencias no-indígenas fuera la adquisición territorial, el establecimiento de vínculos convencionales con los pueblos indígenas estaba motivado además por su interés de legitimar frente a otras potencias europeas las relaciones recién establecidas con los grupos humanos existentes en aquellos territorios -si la conquista es una forma válida de adquisición territorial, otros Estados podrían mediante el mismo procedimiento arrebatarles sus posesiones-, así como para excluir también a otros grupos indígenas hostiles. Véase en este sentido el primer informe sobre el *Estudio sobre los tratados celebrados entre pueblos indígenas y Estados*, párrafos 132-134 y 184. Por mencionar sólo algunos ejemplos, Véase el Tratado celebrado por los EE.UU. con las Naciones Indias Ottawa y Chippewa, de 28 de marzo de 1836, cuyo art. 1 designa las líneas fronterizas que delimitan los territorios adquiridos por los EE.UU. en virtud de este Tratado. Es una cesión onerosa, como se especifica en los arts. 4 y 5 del mismo texto, donde se precisan las cantidades pagaderas a las diversas tribus pobladoras de los territorios, objeto de cesión -el texto del Tratado puede consultarse en <http://www.halycon.com/pub/FWDP/Americas/chiptrt1.txt>-. Posteriormente, los indios Chipewa celebran nuevos tratados de cesión territorial, entre ellos el acuerdo de 29 de julio de 1837, por el que EE. UU. se comprometía a efectuar ciertos pagos durante los veinte años posteriores a su ratificación -Véase en <http://www.halycon.com/pub/FWDP/Americas/chiptrt2.txt>-, el tratado de 4 de octubre de 1842 -en <http://www.halycon.com/pub/FWDP/Americas/chiptrt3.txt>- y el de 30 de septiembre de 1854 -en <http://www.halycon.com/pub/FWDP/Americas/chiptrt4.txt>-. Idéntico contenido se observa en el Tratado del río Quinault de 1 de julio de 1855- Véase en <http://www.halycon.com/pub/FWDP/Americas/quintret.txt>- o en el Tratado celebrado el 8 de septiembre de 1855 con las diferentes tribus costeras de Oregon -texto que nunca fue ratificado por los Estados Unidos y cuyas disposiciones pueden verse en <http://www.halycon.com/pub/FWDP/Americas/or-coast.txt>-.

the various Indian tribes positions of strategic power, negotiations with these tribes were carried on by the Colonies and later by the United States on the basis of International treaties. These treaties acknowledged the sovereignty of Indian tribes and implied the acknowledgment of a possessory right in the soil that the tribes occupied. After the cession of Louisiana, by France in 1803, the termination of the war with Great Britain in 1814 and the cession of Florida by Spain in 1819, there developed an increasing tendency to deny the sovereignty of Indian tribes and to deal with them by force of arms»³⁴.

La utilidad que han tenido los tratados celebrados con los pueblos indígenas es diversa en función del interés de los poderes no-indígenas del momento. En unas ocasiones se celebraron tratados de paz, amistad y comercio para intentar por vía convencional conseguir los títulos de adquisición sobre las tierras ocupadas por los primeros pobladores³⁵. Con independencia de cual fuera el contenido de los tratados concretos, se utilizaron para desposeer a los pueblos indígenas de sus atributos soberanos en relación con los territorios en los que históricamente se asentaban. Idéntica conclusión se desprende del estudio de los textos de los tratados y de su utilidad práctica, cualquiera que fuera el lugar del mundo en el que se hubieran producido: los pueblos indígenas, naciones soberanas en el momento en que entraron en contacto con los poderes no-indígenas, con el tiempo se transformaron en entes menores del Estado, objeto de la jurisdicción doméstica de aquéllos con los que establecieron vínculos convencionales, o sus sucesores. Por muy diversos que hayan sido los métodos aplicados, en la actualidad -y desde hace más de un siglo- las relaciones entre los pueblos indígenas y los Estados en los que están asentados, se consideran domésticas correspondiendo su solución a los órganos internos.

Los Estados interesados conseguían cesiones territoriales de los pueblos indígenas a través de vínculos convencionales. Según M. Alfonso Martínez el instrumento utilizado para privar a los pueblos indígenas de su soberanía fue el Derecho en general, no sólo los tratados, ya que participaron las construcciones

³⁴ F.S. COHEN en *Handbook of Federal Indian Law*, Nuevo México, 1971, p. 34.

³⁵ En la práctica de los EE.UU. es donde mejor se aprecia la evolución de la utilidad de estos tratados. En la trayectoria de los pueblos indígenas asentados en el territorio de los Estados Unidos actuales podemos observar diferentes tipos de tratados: (1) los realizados en el siglo XVIII eran tratados de paz que tenían como partes a las colonias británicas o en su día a la Confederación. El primer tratado que celebraron los Estados Unidos fue el de For Pitt en 1788 con la Nación Delaware, por el que este pueblo consentía que las tropas americanas pasaran a través de su territorio, prestándole apoyo logístico en la lucha de la Confederación contra Detroit. Los tratados celebrados en esta época se caracterizan por estar concluidos por sujetos soberanos y por el objeto sobre el que versan: comercio, establecimiento de alianzas y la defensa de las tierras indígenas de las eventuales pretensiones que pudieran formular otros poderes europeos -Véase el primer informe del *Estudio sobre los tratados celebrados entre los pueblos indígenas y los Estados*, párrafo 228-; 2) en la primera mitad del siglo XIX se celebran tratados que tienen por objeto fundamental la cesión de los territorios indígenas a la Confederación, el deseo de las tribus concelebrantes era el establecimiento de fronteras definitivas entre sus respectivos territorios y los de la Unión. Estos tratados, sistemáticamente, se incumplían con la llegada de nuevos colonos y los deseos de expansión territorial por parte no-indígena. Durante esta época se anexionan a la Unión Estados como Indiana, Illinois, Alabama, Misisipi o Georgia, y, 3) La segunda mitad del siglo XIX se caracteriza por la expansión del ferrocarril y el descubrimiento de oro en California. El siglo XIX termina con la división de parte de los territorios históricos indígenas en pequeñas reservas donde quedan confinados los primeros pobladores de lo que hoy son los EE.UU.

jurídicas elaboradas por la doctrina, que justificaban y buscaban fundamento a las actuaciones estatales mermando los elementos de soberanía de los pueblos indígenas; el Derecho nacional -compuesto de normas no-indígenas, por definición-; los tribunales, cuya misión era precisamente la aplicación del Derecho nacional, al que estaban sometidos; el Derecho Internacional, oponible a los Estados y formado por normas elaboradas por estos últimos, que beneficiaban sus intereses y que permitió la celebración fraudulenta de los tratados y su utilización a conveniencia. También los poderes indígenas actuaron en contra de sus propios intereses, al estar incurso en una situación que hoy día merecería ser calificada como estado de necesidad³⁶.

Por otra parte, quienes defienden que las relaciones con los sectores indígenas de la población son objeto de la competencia doméstica fundamentan esta opinión en el contenido de los tratados celebrados, en la interpretación realizada por los tribunales internos acerca del contenido de estos vínculos convencionales y el desarrollo de que han sido objeto en la legislación nacional. El argumento de fondo se encuentra en la doctrina de los actos propios³⁷. En este caso los pueblos indígenas cedieron esos derechos en un momento dado en virtud de unos tratados cuya consecuencia necesaria era la desposesión de sus tierras, y transcurridos dos siglos no pueden pretender retroceder. Recordemos que las versiones no indígenas de los citados textos contienen renunciaciones expresas de los pueblos indígenas a sus atributos como sujetos de Derecho Internacional -la jurisdicción sobre sus tierras o la pérdida de control de sus poderes e instituciones políticas-.

La argumentación anterior sería perfectamente válida, de no ser porque desconoce los hechos a los que se aplica. Es cierta la consolidación de la doctrina de los actos propios, pero no debe aplicarse de la manera que pretenden hacerlo quienes lo invocan. El caso que nos ocupa versa sobre multitud de tratados realizados mediando error o dolo de una de las partes (o el consentimiento de una de las partes no fue prestado de manera responsable, al no estar los poderes indígenas debidamente informados acerca de las consecuencias derivadas de la celebración de estos tratados), por lo que se concluyeron en la presencia más que probable de una causa de nulidad. De manera que, desde una perspectiva teórica, resultaría plenamente válida la intención de los líderes indígenas actuales cuando pretenden promover la declaración de nulidad de los actos jurídicos mencionados y, lógicamente, las cesiones pactadas en ellos³⁸.

B. Significación de los acuerdos

³⁶ *Estudio sobre los tratados celebrados entre pueblos indígenas y Estados*, párrafos 194, 196, 197 y 199.

³⁷ Véase en relación con este punto los párrafos 114 y 272 del *Estudio sobre los tratados celebrados entre pueblos indígenas y Estados*.

³⁸ En el *Estudio sobre los tratados celebrados entre pueblos indígenas y Estados*, párrafos 270-271, se añade una causa más, subrayada por los líderes indígenas actuales: las cesiones son nulas, ya que las tradiciones y culturas indígenas impedían la renuncia a los estos atributos, particularmente los relativos a las tierras y al gobierno.

El objeto de este epígrafe es el estudio de los tratados celebrados entre Estados y pueblos indígenas teniendo en cuenta las normas consuetudinarias de Derecho Internacional vigentes en la época de su conclusión. En este sentido hay que observar algunas reglas de la Convención de Viena de 1969 sobre el Derecho de los Tratados celebrados entre Estados -en adelante, CV69-³⁹. Lo mismo puede decirse de las reglas aplicables a los tratados entre Estados pero que afectan a los pueblos indígenas como terceros no partes en ellos, el más antiguo de los cuales es, sin duda, el Tratado de Tordesillas de 1494, que fue la base la expansión portuguesa sobre Brasil y la española en el resto del continente⁴⁰. Al Tratado de Tordesillas le siguieron otros muchos, entre los que destacan el de Utrecht de 1713⁴¹; el Tratado de Permuta de 1750⁴²; Tratados de fronteras entre Suecia/Finlandia y Noruega/Dinamarca de 1751⁴³; el Tratado de París de 1763⁴⁴; el Tratado Jay de 1794⁴⁵; el Tratado Adams-Onís de 1819⁴⁶; el Tratado de Guadalupe Hidalgo, de 1846⁴⁷; el Tratado de Managua de 1860⁴⁸; la compra de

³⁹ El párrafo 165 del *Estudio sobre los tratados celebrados entre pueblos indígenas y Estados*, indica que los pueblos indígenas que no han establecido relaciones convencionales con ningún Estado son excepcionales, entre ellos los Yanomami de Brasil, los Maya de Guatemala, los San de Botswana o los Ainu de Japón.

⁴⁰ La bula *Inter Caetera*, sirvió de fundamento al citado tratado, es rechazada por F. de Vitoria como base suficiente para la colonización y la conquista. Véase *LAS RELECCIONES DE INDIS Y DE IURE BELLI ... op. Cit.*, pp. 197-8.

⁴¹ Tratado en el que se basa la ampliación el Imperio Británico, encontrándose entre las áreas afectadas Rupert's Land, donde habitaban los Micmacs. Véase en UN Doc. E/CN.4/Sub.2/1992/32, parag. 365-366.

⁴² Por el que España y Portugal intercambiaron las siete misiones más orientales del Paraná por la ciudad de Colonia del Sacramento, lo que provocó una importante revuelta entre los jesuitas y se declaró nulo al alcanzar Carlos III el trono de España. Véase V. SIERRA *Historia de la Argentina*, Buenos Aires, 1967, pp. 216-258.

⁴³ Las fronteras establecidas dividieron a los pueblos habitados por Lapps (el pueblo Sami), por lo que se añadió un codicilo sobre este grupo (como primer protocolo), por el que a los Sami se les garantizaban el disfrute de sus derechos a ambos lados de las fronteras, que nunca se ha derogado, por lo que en la actualidad se aplican en un contexto interpretativo negociado entre las partes. Véase UN Doc. E/CN.4/Sub.2/1992/32, parag. 367-370.

⁴⁴ Supuso la cesión a los británicos de la colonia francesa de Canadá y de las posesiones españolas en el Golfo de México y el este de Florida, afectando a varios pueblos indígenas en Norteamérica. Véase UN Doc. E/CN.4/Sub.2/1992/32, parag. 371-373.

⁴⁵ Tratado de Paz, Amistad, Comercio y Navegación que resolvió las diferencias entre EE.UU. y Gran Bretaña acerca de las posesiones británicas en Canadá. Su contenido afectó a los pueblos indígenas residentes en esos territorios, a pesar de que su art. 3 contenía el derecho de paso a través de la frontera entre EE.UU. y Canadá, de los ciudadanos estadounidenses, británicos e indios que vivieran a ambos lados de la misma. Véase UN Doc. E/CN.4/Sub.2/1992/32, parag. 374-377.

⁴⁶ Tratado de cesión del territorio de Florida de España a EE.UU., afectó principalmente a los Semínolas. UN Doc. E/CN.4/Sub.2/1992/32, parag. 378.

⁴⁷ Estados Unidos adquirió de México, California y su territorio sudoeste, lugares en los que habitaban mexicanos y los pueblos indígenas, dado que sus títulos sobre la tierra que ocupaban nunca fueron legalmente confirmados. Véase UN Doc. E/CN.4/Sub.2/1992/32, parags. 379-380.

⁴⁸ Es el tratado celebrado entre Nicaragua y Gran Bretaña, con el objeto de poner fin a la contienda entre ambos países por la Mosquitia, sometida a protectorado británico desde 1843. En este tratado Gran Bretaña reconoce -sin el consentimiento indígena- la soberanía nicaragüense sobre las tierras de los Misquitos, a cambio, Nicaragua se compromete a otorgarles un régimen de autonomía. Véase UN. Doc. E/CN.4/Sub.2/1996/23, párrafos 117-125.

Alaska en 1867⁴⁹; el Tratado de París de 1898⁵⁰; el Tratado de Madrid de 1899⁵¹; la Convención sobre aves migratorias de 1916⁵². También forman parte de este grupo los Convenios de la OIT; tanto el n° 107, como la recomendación n° 104 contienen disposiciones relativas a las poblaciones indígenas con el objeto de promover la asimilación o la integración de estos grupos para evitar su discriminación en el territorio que habitaban y se adoptaron sin la participación de los pueblos indígenas en las sesiones de debate. Sí se les dió entrada en las tareas preparatorias del Convenio 169, aunque ello no significa que los pueblos indígenas sean partes de este texto.

En relación con los tratados celebrados entre los pueblos indígenas y los Estados debemos plantearnos diversas cuestiones, la primera necesariamente se refiere a su validez a la luz del Derecho Internacional vigente en la época de su conclusión para determinar si fueron válidamente celebrados o, por el contrario, nacieron viciados. Los problemas principales que se observan en este punto son fundamentalmente dos: 1) el total desconocimiento por parte de los negociadores indígenas de las normas por las que se regían los instrumentos convencionales a los que iban a manifestar su consentimiento en obligarse; 2) en múltiples ocasiones, se ha constatado que en las negociaciones desarrolladas al objeto de concluir un tratado, los poderes no-indígenas

«failed to adequately inform to Indigenous counterparts ... of the cause and object of the compact, frequently drafted only in the European languages and then orally translated»⁵³.

Lo que pone de relieve que cuando las autoridades indígenas consentían en estos acuerdos no lo hacían de manera responsable, al no ser conscientes de su contenido, ni del alcance concreto de las obligaciones que estaban asumiendo. Por ello posteriormente se han planteado serios problemas de interpretación. Si a las cuestiones suscitadas por la celebración de textos convencionales con los pueblos indígenas -la necesaria intervención de traductores en las negociaciones que, en la mayoría de las ocasiones, carecían de los conocimientos precisos para actuar como tales; la versión escrita que se sometía a su firma se realizaba en un lenguaje desconocido para los representantes indígenas; las obligaciones que figuran en ambas versiones de los tratados difieren-, le añadimos el ánimo de confundir a la

⁴⁹ EE.UU. compró Alaska a Rusia. El territorio estaba ocupado por los Inuit e Indios que rápidamente comenzaron a sentir la presión de los buscadores de oro y los colonizadores. En 1884, el Congreso norteamericano reconocía los derechos territoriales de los pueblos indígenas sobre Alaska, reconocimiento confirmado en 1958 por el *Alaska Statehood Act*, convirtiéndose en el cuadragésimo noveno Estado de EE.UU, sin consultar con los pueblos indígenas afectados ninguna de estas decisiones. Véase UN Doc. E/CN.4/Sub.2/1992/32, parág. 381-384.

⁵⁰ Por este Tratado España cedió a los Estados Unidos el archipiélago filipino.

⁵¹ España vendió a Alemania las islas Carolinas, las Marianas y Palao a cambio de 25 millones de pesetas.

⁵² Tratado del que son partes EE.UU. y el Reino Unido en nombre de Canadá, se había celebrado sin tener en cuenta las costumbres de los indígenas que, en determinadas estaciones, tenían autorización legal para capturar aves de las especies migratorias, objeto de protección en este texto. Véase UN Doc. E/CN.4/Sub.2/1992/32, parág. 385-388. En este mismo apartado cabría significar también la mayor parte de los tratados por los que se protegen las especies animales o vegetales que pueden tener relevancia cultural para los pueblos indígenas considerados.

⁵³ Véase *Estudio sobre los tratados celebrados entre pueblos indígenas y Estados*, parágrafo 62.

contraparte o de hacerle consentir en aspectos por las que no deseaba vincularse, podemos, en el mejor de los casos, dudar de la validez de los tratados celebrados en semejantes condiciones.

Quizá uno de los ejemplos más claros en este punto es el que nos ofrece el Tratado de Waitangi, celebrado por la Corona Británica con los Maoríes. Es un texto convencional cuya versión auténtica es muy difícil de determinar, puesto que las interpretaciones de las partes son diametralmente opuestas en materias tan cruciales como la cesión de los poderes de gobierno sobre el territorio en cuestión, o los títulos sobre la tierra, adquiridos ambos en virtud del citado tratado⁵⁴. Es un caso evidente de distinta interpretación de las disposiciones de un tratado que, bien podría deberse a una defectuosa labor de traducción, por ejemplo. Sin embargo, nada más lejos de la realidad como describe C. Organge en su monografía *The Treaty of Waitangi*, donde indica que el motivo de semejante resultado se debió a una estrategia adecuadamente diseñada. Las instrucciones recibidas por el principal negociador británico consistían en asegurar la soberanía británica sobre las tierras Maoríes para ejercer el control exclusivo en ellas y proceder a una colonización pacífica. La estrategia en cuestión se basaba en: 1) el oscurecimiento deliberado del significado del concepto de soberanía, ocultando a los negociadores Maoríes que la cesión que estaban acordando supondría una importante pérdida de poder⁵⁵; y, 2) convencer a los Maoríes de que el tratado confirmaba su derecho a la propiedad, junto con el más importante de los derechos que podría conferirle la Corona Británica: el de *rangatiratanga*.

De acuerdo con el Derecho propio de la época en que se celebró, este tratado puede considerarse viciado de nulidad por la conducta dolosa del negociador de la Corona Británica que desarrolló una actuación fraudulenta para que los líderes maoríes consintieran, cuando, de haberse comportado correctamente seguramente no hubieran manifestado su consentimiento en obligarse por ese tratado⁵⁶. En otros casos en los que no se constata una conducta

⁵⁴ El Parlamento Neozelandés ha establecido la autenticidad de una de ellas, sin tener en cuenta las versiones del texto defendidas por los Maoríes. Véase en este sentido S. ROSENNE "The meaning of 'authentic text' in modern treaty law", en (R. Bernhardt y otros eds.) *Volkerrecht als Rechtsordnung Internationale Gerichtsbarkeit, Menschenrechte. Festschrift für Hermann Mosler*, Berlín, pp. 759-784.

⁵⁵ El artículo primero del Tratado de 1840 está redactado de una manera que no deja lugar a dudas sobre su objeto :«The Chiefs of the Confederation of the United Tribes of New Zealand and the separate and independent Chiefs who have not become members of the Confederation cede to Her Majesty the Queen of England absolutely and without reservation all the rights and powers of Sovereignty which the said Confederation or Individual Chiefs respectively exercise or possess, or may be supposed to exercise or possess, over their respective Territories as the sole Sovereigns thereof».

⁵⁶ En el procedimiento de celebración del Tratado de Waitangi detectamos la presencia de los elementos constitutivos del dolo (Véase A. REMIRO BROTÓNS, *Derecho Internacional Público*. 2. *Derecho de los Tratados*, Madrid, 1987, pp. 434-436), a saber: «1) Un *elemento material*, referido como una *conducta fraudulenta*, expresión que, en palabras de la CDI, tiene por objeto comprender, con generosidad, "toda declaración falsa, toda presentación inexacta de los hechos y otros procedimientos engañosos". 2) Un elemento *psicológico*: la *intención* o propósito de equivocar, de provocar el error de otro u otros negociadores. 3) Un *resultado*: la maniobra fraudulenta induce efectivamente a quienes la padecen a un error que es determinante de la

dolosa de los negociadores sería posible apreciar la presencia del error, debido a la ausencia, en muchas ocasiones, de una correcta traducción del contenido del acuerdo y, en otras, la dispar interpretación -entre las versiones indígena y no indígena- de que son objeto las disposiciones de los diferentes tratados⁵⁷.

Vista la presencia de causas de nulidad –según el derecho vigente en la época- en el procedimiento de celebración de los tratados, podemos ahora preguntarnos acerca de sus consecuencias. El Relator especial sobre los tratados celebrados entre pueblos indígenas y Estados nos ha ilustrado en este punto con un ejemplo. El 23 de noviembre de 1993 el Congreso de EE.UU. aprobaba una resolución denominada *Apology Bill*⁵⁸ por la que se reconoce la ilicitud de la abolición de la monarquía Hawaiana en 1898⁵⁹; y que el Tratado de 1897, en virtud del cual se anexionaba Hawai -por aquel entonces, moderna nación-estado organizada en forma de monarquía, con relaciones diplomáticas con distintos Estados Europeos⁶⁰-, fue un tratado desigual conseguido mediante coacción y por tanto, susceptible de ser declarado nulo de acuerdo con el Derecho Internacional de la época. De modo que, según establece M. Alfonso Martínez, no puede descartarse que Hawai a corto o medio plazo se incorpore a la lista de Territorios No Autónomos de NN.UU., viéndose, en consecuencia, sometido a la consideración de los órganos competentes de la organización en el ámbito de la descolonización⁶¹. Sin embargo, la interpretación en este punto no es unívoca, puesto que F. A. Boyle en su estudio realizado acerca de la Interpretación de Ley estadounidense citada (Public Law 103-150), ha concluido que lo que procede en este punto es restaurar la independencia del Estado de Hawai⁶², anexionado a EE.UU. y, por tanto incorporado de manera ilegítima en virtud del Derecho Internacional⁶³.

expresión de un consentimiento que, de no mediar aquélla, no se habría manifestado. En este sentido se dice que el dolo ha de ser *esencial*» (Véase p. 435)

⁵⁷ Es cierto que el error de derecho, el error sobre los motivos de conclusión del acuerdo, el error sobre el valor de las prestaciones y el error de hecho no concretado en el tratado quedan excluidos del ámbito de aplicación del error como causa de nulidad de los tratados (Véase A. REMIRO BROTONS, *Derecho Internacional Público. 2. Derecho de los Tratados*, Madrid, 1987, pp. 431-433). Sin embargo, en tanto en cuanto el error presente en los tratados de referencia «se refiere a un hecho o a una situación cuya existencia diera por supuesta ese Estado en el momento de la celebración del tratado y constituyera una base esencial de su consentimiento en obligarse por el tratado» y no un mero error en la redacción del texto convencional, entraría dentro del tipo del art. 48.1 de la CV69.

⁵⁸ P.L.103-150, de 1993, en http://www.halcyon.com/pub/FWDP/Oceania/3_boyle.txt

⁵⁹ El 24 de enero de 1895 habían encarcelado a la Reina Lilioukalani en su Palacio obligándola a abdicar y el 7 de julio de 1898, el Presidente McKinley firmó la Newlands Joint Resolution en la que se decidía la anexión del territorio de Hawaii por los Estados Unidos. Véase en http://www.halcyon.com/pub/FWDP/Oceania/3_boyle.txt

⁶⁰ Véase en relación con la historia de la monarquía hawaiana, LILIUOKALANI, *Hawaii's History by Hawaii's Queen*, 1898, editada en Nutley en 1964 por Ch. E. LITTLE.

⁶¹ *Estudio sobre los tratados celebrados entre pueblos indígenas y Estados*, párrafos 163-164.

⁶² El 16 de enero de 1994, una coalición de nativos hawaianos y grupos en defensa de la soberanía hawaiana proclamaron la restauración de la independencia del Estado Soberano de Hawai, lo que no ha producido ninguna consecuencia práctica, puesto que, a día de hoy continúa siendo uno de los que conforman los Estados Unidos de América. Su texto completo puede consultarse en <http://halcyon.com/pub/FWDP/CWIS>.

⁶³ Véase F. A. BOYLE, "Interpretation of U.S. Public Law 103-150 under International Law, and

En cualquier caso, tanto de acuerdo con la argumentación del Relator Especial, como con la de F.A. Boyle la consecuencia es que la constatación de vicios de nulidad en la celebración de estos tratados entre los pueblos indígenas y los Estados tendría efectos *ex tunc*, lo que podría producir la considerable multiplicación del número de Territorios No Autónomos o la ampliación del número de Estados que conforman hoy en día la Comunidad internacional.

Aunque jurídicamente puedan defenderse ambas consecuencias son susceptibles de producir efectos no deseables. No se trata de aplicar la *restitutio in integrum* al momento inmediatamente anterior a la celebración del tratado viciado de nulidad, primero, porque desde una perspectiva estrictamente política no parece pacíficamente factible; y, segundo, porque con ello no se resuelven los problemas derivados del transcurso de todos estos años y siglos, que han consolidado una situación desigual entre distintos sectores de una Sociedad. Lo más adecuado sería la aplicación de fórmulas originales -alejadas tanto del paternalismo como de los complejos de inferioridad/superioridad- para la solución de conflictos, a través de la búsqueda de un nuevo tipo de relaciones entre los sectores indígenas y no-indígenas de la sociedad en la que conviven⁶⁴. Se trata de intentar hacer justicia pero no es éste el único objetivo, puesto que no podemos olvidar la reconciliación pendiente dentro de estos Estados pluriculturales.

La siguiente cuestión a plantear es la relativa al valor que tienen en la actualidad los tratados válidamente celebrados entre los líderes indígenas y los Estados. La respuesta desde una perspectiva teórica resulta meridianamente clara: si se trata de instrumentos válidamente celebrados, de duración indefinida, los tratados se mantendrán vigentes y plenamente eficaces en tanto que fuente de derechos y obligaciones para las partes que las han aceptado de buena fe, mientras

its Implications for the Restoration of the Independent and Sovereign Nation State of Hawai'i", December 28, 1993 Mable Smyth Hall, Honolulu, en http://www.halcyon.com/pub/FWDP/Oceania/2_boyle.txt

⁶⁴ En el parág. 302 del *Estudio sobre los tratados celebrados entre pueblos indígenas y Estados* se indica que la existencia de una convivencia pacífica en el seno de sociedades pluriculturales real y duradera será posible si se establece un nuevo tipo de relaciones entre los sectores sociales, fundamentado en el reconocimiento mutuo, la armonía y la cooperación, resultando además preceptivo un cambio radical en las actitudes hacia la otra parte, que en la actualidad se caracterizan por la ignorancia, la confrontación y el rechazo. M. Alfonso Martínez, en su Informe final (parágrafos 310-314 y 322) propone la creación de nuevos órganos jurisdiccionales nacionales especiales, con competencias exclusivas en materia indígena, independientes, financiados con fondos públicos y en los que se permita la participación indígena. De acuerdo con las indicaciones del relator esta jurisdicción especial contaría con distintas ramas especializadas, todas ellas de carácter permanente y con personal profesionalmente adecuado: 1) un órgano consultivo, al que obligatoriamente se remitan todas las disputas, con capacidad para dirigir las negociaciones tendentes a la solución de conflictos entre las partes y para dictar recomendaciones al efecto; 2) un órgano competente para negociar y concluir con los pueblos indígenas nuevos instrumentos jurídicos; así como cualquier otro tipo de normas de Derecho interno en la materia; 3) un órgano judicial colegiado capaz de conocer en exclusiva todas las diferencias que no haya podido resolver el órgano consultivo en un tiempo razonable, que podría adoptar decisiones definitivas; y, 4) un órgano administrativo encargado de todos los aspectos logísticos de las relaciones entre indígenas y no indígenas.

no decidan terminarlo, se indique otra cosa en el texto del tratado o se declare su invalidez. Esta es una afirmación que encuentra fundamento en el Derecho Internacional vigente en el momento en el que se produjo la colonización europea⁶⁵.

De acuerdo con la afirmación anterior, si los tratados mantienen sus efectos en cuanto tales, deben cumplirse las obligaciones legalmente adquiridas por ellos y el beneficio de los derechos pactados. El art. 2.2 de la Carta de las NN.UU. reafirma el principio *pacta sunt servanda*, luego codificado en el art. 26 de la CV69, considerado como uno de los fundamentos del Derecho positivo internacional y uno de los principios más importantes relacionados con las obligaciones internacionales. El principio *pacta sunt servanda* se enuncia también en el art. 36 del Borrador de Declaración de las NN.UU. sobre los derechos de los pueblos indígenas:

«Los pueblos indígenas tienen derecho a que los tratados, acuerdos y otros arreglos constructivos concertados con los Estados o sus sucesores sean reconocidos, observados y aplicados según su espíritu y propósito originales y a que los Estados acaten y respeten esos tratados, acuerdos y arreglos»⁶⁶.

Este precepto resulta, cuando menos, de difícil aplicación a los tratados internacionales celebrados por los pueblos indígenas, ya que desde su conclusión se ha producido un cambio fundamental en las circunstancias que motivaron la celebración: la desaparición de una de las partes, que es una evidente causa de terminación del vínculo convencional. Por el contrario, el relator especial ha constatado que, en la práctica, la mayoría de los tratados realizados entre pueblos indígenas y Estados continúan aplicándose en la actualidad, siendo además un elemento fundamental para su supervivencia como pueblos distintos, y así lo consideran tanto los gobiernos consultados como los respectivos pueblos indígenas⁶⁷.

El Proyecto de Declaración en el art. recién transcrito incorpora el cumplimiento de los tratados celebrados como reconocimiento de un derecho de los grupos indígenas y una obligación estatal⁶⁸. Sin embargo, la aplicación de este precepto suscita problemas, no podemos obviar que las versiones de los tratados que facilitan las partes difieren de manera radical en cuanto al contenido del texto. En estas situaciones M. Alfonso Martínez afirma que debe garantizarse idéntico

⁶⁵ Véase G. HARASZTI "The Treaties and Fundamental Change of Circumstances", en *R. des C.*, 1975 -III, t. 146, pp. 1 y ss.

⁶⁶ El art. 22 del Proyecto de Declaración Americana indica a este respecto: «Los pueblos indígenas tienen el derecho al reconocimiento, observancia y aplicación de los Tratados, convenios y otros arreglos que puedan haber concluido con los Estados o sus sucesores y Actos históricos, de acuerdo a su espíritu e intención; y a que los Estados honren y respeten dichos Tratados, Actos, convenios y arreglos constructivos, así como los derechos históricos que emanen de ellos.»

⁶⁷ El Tribunal Supremo de Canadá se pronunció en la Sentencia *Simon v. the Queen* -cit. *supra* - acerca de que el Tratado celebrado en 1752 entre los Micmacs y la Corona Británica, lejos de terminar, continua en vigor.

⁶⁸ Las opiniones estatales acerca de este artículo no resultan muy favorables. Ver, por ejemplo, la del Gobierno de Argentina al Grupo de Trabajo en: <http://www.halcyon.com/pub/FWDP/International/95-14322.txt>.

valor a ambas versiones⁶⁹, afirmación intachable desde un punto de vista teórico aunque difícil de llevar a la práctica: si el contenido de los textos resulta distinto en aspectos sustantivos y son igualmente auténticos ¿cual se aplica al caso concreto? Una posible respuesta sería entender aplicable el de contenido más favorable para la parte más necesitada de protección -el pueblo indígena-, pero de esta forma estaremos priorizando la versión indígena sobre la no-indígena, aún reconociendo a ambas igualmente auténticas. En este punto es necesario recordar un problema añadido: la versión indígena de los tratados normalmente no es escrita, sino fruto de la tradición oral transmitida a través de generaciones.

Por otra parte, a pesar de la conciencia que tienen las autoridades estatales en relación con la vigencia de estos actos convencionales, el relator especial ha comprobado un importante número de violaciones graves de las obligaciones jurídicas imputables al Estado parte en esos instrumentos⁷⁰. Probablemente entre los casos más evidentes se encuentra el de los Sioux de Black Hills en EE.UU. o el de los Shoshone orientales⁷¹. En relación con estos últimos, el 28 de julio de 1994 el Consejo Nacional Shoshone oriental informaba a M. Alfonso Martínez el reiterado incumplimiento por parte de los EE.UU. del tratado de Ruby Valley celebrado en 1863⁷². Entre las violaciones del texto alegadas se encuentra la práctica reiterada de pruebas nucleares sobre el territorio ocupado por este pueblo indígena⁷³. Además, el Gobierno de ha propuesto establecer en la Montaña Yucca -dentro del territorio de los Shoshone orientales- un depósito permanente de carburante nuclear para los reactores nucleares comerciales. Este nuevo proyecto, según el Consejo Nacional «adds further risk to the destruction of our people and lands». En 1979, conocida la situación, la Comisión estadounidense de demandas indias decidió conceder, a título de indemnización, 26 millones de dólares al pueblo indígena afectado a cambio de que abandonaran sus tierras ancestrales. Dado que esta decisión se ha interpretado como una extinción de los derechos sobre las tierras pactado en el tratado de 1863, el pueblo Shoshone se ha negado a aceptarla, con lo que continúan viviendo allí en una precaria situación que los propios indígenas han considerado constitutiva de *agresión*.

La consecuencia inmediata del incumplimiento de un tratado internacional o de la falta de ejecución de las obligaciones derivadas de este instrumento resulta incompatible tanto con el antiguo Derecho de las Naciones como con el moderno

⁶⁹ *Estudio sobre los tratados celebrados entre pueblos indígenas y Estados*, parágrafo 323.

⁷⁰ *Id.* Nota anterior, parágrafos 278-280.

⁷¹ El pueblo Shoshone se encuentra dividido en tres tribus: la oriental, la del noroeste y la occidental. Sobre aspectos etnográficos e históricos de los Shoshones puede consultarse NEWE, *A western Shoshone History*, Salt Lake City, 1976 y J. FORBES, *Native Americans of California and Nevada*, Happy Camp, 1982.

⁷² Puede consultarse en: http://www.halcyon.com/pub/FWDP/Americas/wsnc_2.text

⁷³ En todo caso, en los supuestos estadounidenses debemos tener en cuenta la solución particular que se aporta desde el Tribunal Supremo a los conflictos que puedan plantearse entre la Ley interna y Derecho Internacional. Este hecho aplicado al supuesto indígena ha producido que el Comité de Derechos Humanos en el parágrafo 25 de sus observaciones finales al Informe remitido por los Estados Unidos (publicadas el 7 de abril de 1995, en Doc. UN. CCPR/C/79/Add.50), pusiera de manifiesto «su preocupación por el hecho de que el Congreso pueda abolir por ley los derechos primigenios de los indígenas de los Estados Unidos.»

Derecho Internacional⁷⁴. Estos comportamientos generan en la actualidad responsabilidad internacional del Estado al que le resulten imputables, como lo hacían entre los siglos XVI y XIX cuando se produjo la expansión colonial de los Estados europeos⁷⁵. Sin embargo, los Estados no eran conscientes -ni antes ni ahora- de que del incumplimiento de los tratados celebrados con los pueblos indígenas pudieran derivar las mismas consecuencias que cuando se producía en relación con otros Estados.

Si estamos de acuerdo en que son tratados, de su incumplimiento deriva responsabilidad internacional, aunque nunca se haya producido una reclamación en este sentido debido, sin duda, a la calificación interesada de los acuerdos por parte del Estado como instrumentos internos reguladores de las relaciones con las diversas poblaciones asentadas en su territorio, por mucho que cuando se celebraron no fueran tales y contaran con la consideración de tratados internacionales. Al contrario, los problemas que se han planteado al respecto -fundamentalmente relacionados con la interpretación estos textos-, se han *resuelto* aplicando medios domésticos de solución de diferencias, sobre todo a través de reclamaciones judiciales, como se ha hecho referencia *supra*.

Debemos observar también que gran parte de los incumplimientos convencionales alegados por parte indígena provienen de la diversa interpretación que el texto merece a las partes⁷⁶. La mayoría de los tratados celebrados, desde la perspectiva indígena, eran tratados de paz y de amistad cuyo único contenido consistía en el establecimiento de normas para organizar la coexistencia en el mismo territorio de grupos indígenas y no indígenas. Por el contrario, la interpretación no-indígena de los mismos implicaba su consideración como instrumentos por los que los pueblos indígenas se sometían voluntariamente a la jurisdicción de los poderes no indígenas, cediéndoles sus tierras de manera incondicional, así como su autoridad sobre las mismas. Así por ejemplo, entre los Tratados celebrados por EE.UU. con las tribus indias asentadas en su territorio actual observamos cláusulas redactadas de idéntica manera en las que se señalan las cesiones territoriales en beneficio de los EE.UU., aunque reservando para los

⁷⁴ La falta de ratificación de un Tratado negociado con los pueblos indígenas no se considera incumplimiento, en todo caso, el relator especial considera oportuno su reexamen por las autoridades competentes al objeto de determinar la posibilidad actual de iniciar los trámites necesarios para su ratificación, o por el contrario, renegociarlos. Véase *Estudio sobre los tratados celebrados entre pueblos indígenas y Estados*, parágrafos 161-162.

⁷⁵ *Id.* Nota anterior, parágrafo 284.

⁷⁶ Como indica R. OCTAVIO -“Les sauvages américains devant le droit”, *Rec. des C.* 1930-I, tomo 31, p. 246-247- en el caso estadounidense, algunos de los incumplimientos a lo largo del siglo pasado eran imputables a sus entes territoriales menores -concretamente a los Estados creados en territorio indio, como Carolina del Sur y Georgia- y, por tanto, desde una perspectiva internacional, a los EE.UU.. Estos Estados federados pretendían reservarse el derecho a establecer relaciones directas con los indígenas, prescindiendo de la Oficina de Asuntos Indígenas de la Confederación encargada precisamente de centralizar las relaciones del Estado con todas las tribus, al objeto de caracterizarlas con la unidad de acción. Los Estados federados indicados comenzaron a violar de manera flagrante los tratados concluidos por la Unión con las naciones indígenas que les rodeaban.

cedentes el uso de las mismas durante un período temporal determinado⁷⁷; o a realizar determinadas actividades en ellas como

«The privilege of hunting, fishing, and gathering the wild rice, upon the lands, the rivers and the lakes included in the territory ceded, is guaranteed to the Indians, during the pleasure of the President of the United States»⁷⁸

En la mayoría de los casos, se observa la concreción de las cantidades adeudadas por los EE.UU. como contraprestación por las cesiones territoriales pactadas. Las características de los acuerdos celebrados entre los EE.UU. y los pueblos indígenas se identifican nítidamente con los rasgos esenciales de una compraventa voluntariamente consentida por ambas partes, lo que en la época en la que se celebraron constituía un título válido de adquisición de la soberanía territorial.

Los pueblos indígenas partes en tratados celebrados con los Estados rechazan frontalmente la conclusión recién apuntada en relación con el contenido de estos instrumentos internacionales⁷⁹. En definitiva, al ser una cesión territorial en la que mantenían el derecho de uso sobre las tierras o el derecho a realizar determinadas actividades en los terrenos cedidos, difícilmente podrían pensar los negociadores indígenas que estuviesen entregando con ello la soberanía sobre los mismos.

En cuanto al segundo tipo de tratados enunciados al inicio de este epígrafe, los celebrados entre Estados pero que afectan directamente a los pueblos indígenas como terceros no partes en ellos⁸⁰, el punto de partida ha de ser el principio *res inter alios acta*. La cuestión es si el principio de referencia es aplicable a los pueblos indígenas que, aún contando con cierta subjetividad internacional, no son Estados. Según Ch. Tomuschat, la respuesta ha de ser positiva, ya que

«This characteristic of autonomous free will exists in international law just as it did in early Roman law»⁸¹

⁷⁷ Es el caso del Tratado con los Otawa de 28 de marzo de 1836 y del Tratado de Quinaíelt de 1 de julio de 1855; que contienen reservas de uso de algunos lugares.

⁷⁸ Es el art. 5 del Tratado de 29 de julio de 1837 celebrado con los Chippewa. Este texto cuenta con seis únicos artículos: el primero se refiere a los límites del territorio cedido a los EE.UU.; el último establece que la entrada en vigor del texto se producirá una vez ratificado por el Senado de los EE.UU.; el quinto es el transcrito y los tres restantes contienen de manera concreta los pagos que deben hacerse en dinero o en especie -debidamente especificadas en el texto- a los indígenas como contraprestación por el territorio objeto de cesión.

⁷⁹ *Estudio sobre los tratados celebrados entre pueblos indígenas y Estados*, párrafo 285.

⁸⁰ En este grupo se encuentran principalmente las comunidades indígenas asiáticas o africanas, que no han sido partes en acuerdos con los poderes coloniales o los Estados que los sucedieron después de producirse la descolonización y la independencia del Estado en el que se encuentran asentados. Véase en UN Doc. E/CN.4/Sub.2/1995/27, párrafo 307.

⁸¹ *Vid C. TOMUSCHAT "Treaties under International Law and Third States"*, en *Law and State*, 1990, vol. 4, p. 12.

Los tratados que afectan a los pueblos indígenas suelen ser fuente de obligaciones para éstos sin que, como se ha demostrado recientemente al relator especial, hayan manifestado ninguna aceptación en relación con las citadas obligaciones⁸². Esta ausencia de consentimiento debe interpretarse, según C. Tomuschat, como imposibilidad de crear obligaciones jurídicas oponibles a estos grupos humanos⁸³, precisamente el efecto contrario del que se ha materializado en la práctica.

Sin embargo, desde un punto de vista técnico, no resulta tan fácil la aplicación de la regla *res inter alios acta* al supuesto de referencia, dado que los pueblos indígenas carecen -en la actualidad y durante gran parte del segmento temporal en el que se celebraron los tratados en cuestión- de la consideración de sujetos, presupuesto necesario del principio en cuestión. En este punto el Relator especial defiende que los Estados partes en tales instrumentos deben buscar la aquiescencia libre y responsable de los indígenas antes de ejecutar las obligaciones (dispositivas) asumidas que, en definitiva afectan a los pueblos indígenas⁸⁴. En este supuesto la búsqueda de la aquiescencia ha de observarse como una exigencia política, que no jurídica para prevenir incurrir en responsabilidad internacional por incumplimiento de las obligaciones derivadas de dichos tratados.

III.- EL ACUERDO ENTRE PUEBLOS INDÍGENAS Y ESTADOS COMO MEDIO PARA RESOLVER LOS PROBLEMAS ACTUALES.

La mayor parte -por no decir la totalidad- de los conflictos existentes en la actualidad en relación con los pueblos indígenas tiene su origen en problemas enquistados durante largo tiempo a los que no se ha aportado una solución satisfactoria -pensemos en Chiapas, México; en los Oka de Québec; los pataxós de Brasil; en el levantamiento indígena de Ecuador liderado por los quechuas; o los nativos de Fiji y las Islas Salomón; por citar solo algunos- y previsiblemente el listado se ampliará en el futuro, salvo que encontremos mecanismos capaces de prevenirlos.

Uno de los posibles instrumentos que pueden considerarse de utilidad para estos fines son los denominados «arreglos constructivos», acuerdos que pueden realizarse entre los sectores indígenas y no indígenas para resolver los problemas planteados en el seno de las sociedades pluriétnicas.

A. Los arreglos constructivos

⁸² *Estudio sobre los tratados celebrados entre pueblos indígenas y Estados*, parágrafo 288.

⁸³ *Vid* en este sentido, por todos C. TOMUSCHAT “*Treaties under International*, op. Cit., pp. 7-27.

⁸⁴ *Estudio sobre los tratados celebrados entre pueblos indígenas y Estados*, parágrafo 325.

El relator especial sobre los tratados celebrados entre pueblos indígenas y Estados ha establecido que los «arreglos constructivos» conforman una categoría, definida como

«any legal text or other documents that are evidence of consensual participation by all parties to a legal or quasi-legal relationship.^{85»}

Se trata de un instrumento sometido a la jurisdicción doméstica del Estado en el que habitan estos grupos humanos⁸⁶, por tanto, un elemento de Derecho interno. Ello a pesar de que la dimensión internacional de los derechos humanos (categoría dentro de la que se encuentran los derechos de los pueblos indígenas) garantiza su propia consideración como acto internacional. Por este motivo, M. Alfonso Martínez afirma la conveniencia de dotar a los mecanismos judiciales internacionales de la competencia suficiente para conocer de las demandas y reclamaciones que, con fundamento en estos arreglos constructivos, pudieran interponerse⁸⁷. En relación con esta última idea observamos una dificultad: los pueblos indígenas carecen de *ius standi* ante los tribunales internacionales.

Sabemos que, aunque estos instrumentos tengan carácter interno, no dejan de ser actos en virtud de los cuales se ejecutan obligaciones internacionales del Estado en relación con los pueblos indígenas: tanto los Estados partes en los textos internacionales de referencia, como aquéllos que no lo son, estarán igualmente obligados por las normas consuetudinarias que incorporan estándares mínimos en relación con este aspecto. En todo caso, los arreglos constructivos han de ser mecanismos mutuamente acordados por las partes, con un contenido negociado y no impuesto, que era lo que caracterizaba a las soluciones históricamente aportadas a través de los procedimientos estatales -judiciales o administrativos-⁸⁸.

La realización de *arreglos constructivos* para resolver los problemas planteados en el seno de sociedades pluriétnicas no es una aportación novedosa del Relator Especial, sino una práctica que se viene desarrollando a lo largo del tiempo, sobre todo en aquellos Estados que utilizaron el instrumento convencional para la adquisición territorial -fundamentalmente los sucesores de la Corona Británica-. Han sido múltiples los acuerdos de este tipo realizados entre los pueblos indígenas y los Estados que habitan, en los que se sientan las bases de una nueva relación, con ánimo de iniciar una nueva convivencia sólida y diferente. Desde esta perspectiva, el objetivo indicado únicamente podrá lograrse si los

⁸⁵ Doc. UN E/CN.4/Sub.2/1991/33, parag. 96.

⁸⁶ El Proyecto de Declaración Americana se refiere a estos instrumentos en el art. 22: «Tratados, Actos, acuerdos y arreglos constructivos», transcrito supra-, aunque sin definir el concepto en cuestión ni establecer régimen alguno aplicable al instrumento que nos ocupa.

⁸⁷ *Estudio sobre los tratados celebrados entre pueblos indígenas y Estados*, párrafos 317 y 318.

⁸⁸ Según muestra la información recabada para realizar el *Estudio sobre los tratados celebrados entre pueblos indígenas y Estados* -párrafo 266-, los pueblos indígenas de manera unánime estiman que estos mecanismos nacionales -con independencia de cual sea su carácter- no resultan adecuados para resolver sus problemas o compensarles por los agravios sufridos a lo largo de todo este tiempo.

acuerdos se concluyen de forma voluntaria y responsable por las partes, de manera que se sepan comprometidas a desarrollar plenamente el contenido de los mismos.

La práctica internacional en este punto es variada, así por ejemplo, en Europa contamos con el modelo danés en relación con Groenlandia⁸⁹ que consiste en dotar al territorio indígena de un régimen de autonomía que no ha sido formalmente pactado por acuerdo de las partes⁹⁰. En 1979 se adoptó el denominado *Greenland Home Rule Act*, que había sido negociado por políticos groenlandeses y funcionarios daneses, del que derivaba la delegación del ejercicio de algunos poderes del Gobierno central en beneficio de las instituciones de Groenlandia⁹¹. La participación de la población del territorio en cuestión se materializó a través de la convocatoria de un referendun consultivo⁹².

⁸⁹ El denominado *arreglo danés* se analiza de manera detallada en Doc. UN E/CN.4/Sub.2/1992/32, parag. 347, E/CN.4/Sub.2/1996/23 paras. 171-196. De acuerdo con el Relator Especial (vId. informe final del *Estudio sobre los tratados celebrados entre pueblos indígenas y Estados*, párrafos 128, 129 y 130), el tipo de régimen autonómico establecido al amparo del *Home Rule* no supone el ejercicio del derecho a la libre determinación de la población de Groenlandia. Por la misma razón, afirma que el procedimiento de discusión entre las autoridades danesas y las de Groenlandia –elegidas de acuerdo con la legislación danesa- previas a la introducción del *Home Rule* en 1979, en absoluto pueden considerarse un ejemplo de *arreglo constructivo*.

⁹⁰ A partir de 1921 se fueron estableciendo cada vez más colonias danesas en Groenlandia, lo que provocó que se incrementara considerablemente la autoridad danesa sobre la isla. Dinamarca había empezado a adoptar medidas legislativas de aplicación en Groenlandia incluso antes de que el resto de los Estados -con la salvedad de Noruega- reconocieran su soberanía sobre este territorio. El asunto de Groenlandia Oriental es bien conocido. Noruega demandaba su soberanía sobre estos territorios alegando su condición de *terra nullius*. La diferencia llega a la CPIJ que determina la soberanía danesa sobre la isla. En 1946 Dinamarca inscribe a Groenlandia como un Territorio No Autónomo del capítulo XI de la Carta de las Naciones Unidas donde permanece hasta 1954, momento en que fruto de la plena integración del territorio en Dinamarca, desaparece de la citada lista -res. AGNU 849 (IX) de 22 de noviembre de 1954-, al entender que el territorio había ejercido su derecho a la libre determinación.

⁹¹ El sistema seguido por Panamá presenta algunas identidades con el recién transcrito. En Panamá algunas comunidades indígenas disfrutaban de un aceptable nivel de autonomía y gozan del reconocimiento de sus derechos sobre las tierras ancestrales a través de la legislación nacional. Por tanto, el régimen que corresponde a cada comunidad indígena no es fruto de la negociación de los sectores sociales interesados, se trata más bien se trata de una concesión del gobierno, que no renuncia del todo a las políticas integracionistas y asimilacionistas. Sin embargo, en el caso de Panamá, el establecimiento de regímenes autonómicos en favor de los pueblos indígenas, ha supuesto el reconocimiento por el Estado de las autoridades políticas tradicionales de los Indios Kuna, especialmente el Congreso General Kuna, propiciando también algún control sobre el desarrollo de las políticas dentro del territorio indígena. J. Howe "An Ideological Triangle: the struggle over San Blas Culture, 1915-1925", en *Nation-states and Indians in Latin America* (eds. G. Urban y J. Sherzer), Austin, 1991, p. 20 y M. Léger "L'autonomie gouvernementale des Kuna du Panama", en *Des peuples enfin reconnus: la quête de l'autonomie dans les Amériques*, Montréal, 1994, pp. 163-204. La situación de los Mapuches en Chile también se regula a través del ordenamiento interno, sin consultar previamente con los líderes mapuches al objeto de tener en cuenta su opinión al respecto. La norma más reciente es la Ley Indígena adoptada en 1993 que es una legislación especial cuyo ámbito personal de aplicación queda reducido a los pueblos indígenas que habitan su territorio.

⁹² En el que resultó triunfadora la opción que defendía la propiedad limitada a la tierra y sus recursos y un poder legislativo. Véase en H. RASMUSSEN "Temas de actualidad del pueblo inuit", en *Asuntos Indígenas*, 1995-3, pp. 48-49.

Distinto del modelo danés es el canadiense, cuyo mayor éxito es la creación de Nunavut, gracias a la adopción del *Nunavut Final Land Claim* en 1993, que entró en vigor el 1 de abril de 1999, fecha a partir de la cual el Gobierno Nunavut (elegido el 15 de febrero del mismo año) ha asumido las responsabilidades políticas relativas al territorio en relación con el cual se acordó un régimen de autonomía⁹³. Sin embargo, éste no es el único acuerdo que se ha celebrado entre el Gobierno de Canadá y los pueblos indígenas que lo habitan, ya que en 1973 se inició una política con la que pretenden resolver las demandas de estos grupos humanos mediante la celebración de acuerdos con territorios canadienses carentes de tratados históricos⁹⁴. El primer texto de este tipo que se concluye es el de *James Bay and Northern Québec Agreement* adoptado en 1975; desde entonces, los esfuerzos negociadores se han multiplicado y continúan en la actualidad⁹⁵.

Australia es otra de las ex-colonias británicas donde se está utilizando la celebración de tratados (denominado Makarrata) como medio para resolver los problemas planteados entre el Estado y los pueblos indígenas. El origen de este Makarrata es más reciente que el canadiense, ya que se encuentra en el proceso de reconciliación iniciado por el Gobierno federal Australiano en 1991 mediante el *Council for Aboriginal Reconciliation Act*. En el impulso de este procedimiento han tenido una gran importancia los desarrollos jurisprudenciales, siendo sin duda el más importante la sentencia de la High Court Australiana de 1992 en el asunto *Mabo v. Queensland (Nº2)* y, en el ámbito legislativo el *Native Title Act*, norma que ha sido sancionada a nivel federal en 1993⁹⁶.

⁹³ El *Nunavut Final Land Claim*, es el acuerdo celebrado con el pueblo Inuit, que habita en el norte de Canadá. Ambas partes negociaron un texto sobre el régimen territorial, fruto del cual era la creación de una nueva subdivisión política conocida como *Nunavut* -que en la lengua Inuit quiere decir nuestra tierra- que rivaliza en extensión con las provincias más extensas con las que cuenta Canadá -alrededor de dos millones de kilómetros cuadrados, aproximadamente cuatro veces España-. Las responsabilidades políticas las ha asumido en relación con toda su población, con independencia de cual sea su origen, aunque el 85% es inuit. Acerca de Nunavut puede consultarse su página en Internet en la siguiente dirección: <http://www.inac.gc.ca/nunavut/index.html>.

⁹⁴ Véase R.C. Daniel *A History of Native Claims Processes in Canada, 1867-1979* Ottawa, 1980.

⁹⁵ Véase en Doc. UN. E/CN.4/Sub.2/1995/27/parag. 225. En la Columbia Británica, en 1996, se logró el primer acuerdo con los Nishga; también se emprendieron negociaciones con la nación Déné a finales de los ochenta, aunque finalmente el Estado decidió negociar con las tribus individualmente. Hasta la fecha en esa zona se han conseguido dos *arreglos constructivos*, uno con los Sahtu y otro con los Gwich'in, produciéndose una fragmentación dentro del pueblo indígena como consecuencia del proceso de negociación. Este no es un fenómeno singular dentro de las relaciones con los pueblos indígenas; también ha ocurrido en otros casos, por ejemplo con el Lubicon Cree. De acuerdo con la información recibida por el Relator especial, se creó una nueva tribu para facilitar, aunque fuera parcialmente, una solución a las demandas sobre las tierras reivindicadas por los indígenas. Hasta el momento, el caso Lubicon no se ha resuelto, fundamentalmente debido a que la parte indígena no está dispuesta a aceptar la completa extinción del título nativo como un prerrequisito para el arreglo. Véase en este sentido *Estudio sobre los tratados celebrados entre pueblos indígenas y Estados*, parágrafos 140, 141, 142 y 143.

⁹⁶ Véase el comentario del relator especial al respecto en el *Estudio sobre los tratados celebrados entre pueblos indígenas y Estados*, parágrafo 160. También la intervención de 28 de julio de 1992 del Ministro para asuntos Aborígenes y de los isleños del Estrecho de Torres en el Grupo de Trabajo de las Naciones Unidas sobre Poblaciones Indígenas (en <http://www>).

El Estado que más acuerdos de este tipo ha celebrado ha sido, sin duda, Estados Unidos⁹⁷. Ello quizá sea debido al elevado número de pueblos indígenas que lo habitan⁹⁸ y a la influencia de la tradición convencional como medio para resolver los problemas planteados con estos grupos humanos -curiosamente aunque la celebración de estos textos en muchas ocasiones fue impuesta a los pueblos indígenas, quienes forzaron a éstos a concluirlos, resultaron ser los incumplidores de manera reiterada-.

Entre los que podemos considerar *arreglos constructivos* destacan el *Centennial Accord between the Federally Recognized Indian Tribes in Washington State and the State of Washington*, de 4 de agosto de 1898; *Compact of self-Governance between the Duckwater Shoshone Tribe and the United States of America*, de 1 de marzo de 1992; *Compact of self-Governance between the Grand Traverse Band of Ottawa and Chippewa Indians and the United States of America*, adoptado el 2 de julio de 1992; o, el *Pacific Northwest Treaty*, de 1994⁹⁹. El contenido de estos *arreglos* resulta heterogéneo. Así, mientras el mencionado en último lugar es un acuerdo por el que las partes se comprometen a prestarse mutua cooperación y defensa «in order to promote the rights of our peoples for the well being of all our future generations», «on common issues, concerns, pursuits and initiatives» y a transmitirse mutua información¹⁰⁰; los

halcyon/com/pub/FWDP/Oceania/un-aust.txe), en la que afirma que «The decision recognized a form of native title to land for aboriginal and Torres Strait Islander people. The Mabo case has been regarded by international jurist and historians alike as a major step forward in the common law interpretation of the doctrine of communal native title».

⁹⁷ Es necesario señalar en este punto las diferentes tendencias políticas seguidas por los Estados Unidos en relación con los pueblos indígenas a lo largo de los últimos cien años. El siglo XX comenzó con políticas asimilacionistas basadas en distintos textos legales estadounidenses. La práctica de parcelación de las tierras indias iniciada en 1887 tocó su fin en 1934 con el *Indian Reorganization Act* y en 1946 se establece el *Indian New Deal* con el propósito de remediar las injusticias cometidas frente a las naciones indias, en virtud del cual se establece una Comisión con el objeto de conocer de las demandas que pudieran interponer los pueblos indígenas. En 1953 se adopta el *Termination Act* en virtud del cual, de manera unilateral, los Estados Unidos deciden disolver las Naciones Indígenas -algunas de ellas volvieron a reconocerse en la década de los 70-. En virtud del *Relocation Act* los Estados Unidos establecieron un programa para favorecer el trabajo de los indígenas en las ciudades, para beneficiarse del cual era condición indispensable abandonar las reservas en las que se encontraba, fruto de la aplicación de esta política la población indígena de las reservas quedó reducida a la mitad. -Sobre las diferentes fases por las que ha pasado la política estadounidense en relación con los pueblos indígenas asentados en su territorio, Véase V. DELORIA y C. LYTLE, *The Nations Within: The Past and Future of American Indian Sovereignty*, Nueva York, 1984 y W. CHURCHILL y G. MORRIS “Key Indian Laws and Cases”, en *The State of Native America* (ed. por A. Jaimes), Boston, 1992.

⁹⁸ Hay una página en INTERNET (<http://www.doi.gov/bia/tribes/telist98.html>) en la que se incorpora un extenso listado de los pueblos indígenas federalmente reconocidos en Estados Unidos como tales; en ella figuran un total de 557 tribus indias, incluyendo entre ellas a las 226 comunidades nativas de Alaska.

⁹⁹ *Vid.* respectivamente en: <http://www.halcyon.com/pub/FWDP/Americas/centenal.txt>.; <http://www.halcyon.com/pub/FWDP/Americas/duckwsgc.txt>; <http://www.halcyon.com/pub/FWDP/Americas/traverse.txt>; y, <http://www.halcyon.com/pub/FWDP/Americas/nwpactrt.txt>.

¹⁰⁰ El *Centennial Accord between the Federally Recognized Indian Tribes in Washington State and the State of Washington*, contiene obligaciones mucho más laxas puesto que supone un paso inicial

denominados *Compact of self-Governance* se aproximan en mayor medida al modelo de los tratados internacionales, ya que incorporan obligaciones concretas voluntariamente asumidas por las partes¹⁰¹.

Dentro de la práctica estadounidense observamos también la existencia de unos textos calificados como *Memorandum of Understanding* que, como su propia denominación indica, son actos de naturaleza política. Sin embargo, aunque muchos de ellos se limitan a establecer las bases para la negociación de acuerdos entre las partes¹⁰², otros, por su contenido, se asemejan más a los *arreglos constructivos*¹⁰³.

en los trabajos -se comprometen a mejorar la comunicación entre las partes y facilitar la solución de los problemas que impliquen a ambas- por encontrar y establecer unas relaciones más eficientes entre el Estado de Washington y veintiséis tribus federalmente reconocidas que habitan en su territorio, sin indicar obligaciones concretas para ellas.

¹⁰¹ El texto en cuestión es un instrumento de Derecho interno y en la práctica totalidad de sus disposiciones encontramos referencias o remisiones a este ordenamiento. Además, su primer artículo indica que su cumplimiento está sometido «at law and in equity to the same extent and pursuant to the same remedies as provided for in Public Law 93-638 contracts in Title III, Section 303 (d) of Public Law 100-472. Actions and proceedings to enforce the Duchwater Shoshone Tribe's rights and the government's obligations under this Agreement shall be subject to the Equal Access to Justice Act, Public Law 96-481 as amended, to the same extent as are actions and proceedings involving Public Law 93-638 contracts». En prácticamente idénticos términos se pronuncia el art. 1 del acuerdo celebrado con los Otawa y los Chipewa.

¹⁰² Existen múltiples textos de este tipo, entre ellos el *Agreement between the Puyallup tribe of Indians Local Governments in Pierce County, the State of Washington, the United States of America, and Certain Private Property Owners*, de 27 de agosto de 1988 -en <http://www.halcyon.com/pub/FWDP/Americas/puyallup.txt>-; el *Memorandum of Understanding between Jefferson County and the Quinault Indian Nation* -Véase en <http://www.halcyon.com/pub/FWDP/Americas/qinjcmou.txt>- que tiene por objeto, entre otros, establecer un grupo de trabajo conjunto encargado de revisar el estatuto de la reserva Quinault así como la legislación y jurisprudencia que lo determina e identificar áreas de conflicto. Se trata, en todo caso, de un acto con una vigencia limitada en el tiempo, al indicar que será aplicable durante 180 días o menos si antes de ese plazo se lograsen los fines señalados; el *Memorandum of Understanding For Establishing Procedures for the Administration of a Cooperative Land Use Planning Program Between the Swinomish Indian Tribal Community and Skagit County* -en <http://www.halcyon.com/pub/FWDP/Americas/swin-skg.txt>- cuyo preámbulo indica que «represents good faith commitments which are being made by each of the parties in a spirit of cooperation and are not intended as obligations that may be compelled by either party if both parties are not in full agreement». En este texto se establece la existencia de un órgano colegiado de ambas partes -cinco miembros dos designados por cada una de ellas y el quinto conjuntamente-, para que conozca de las demandas derivadas de los usos de la tierra que puedan presentarse, además de organizar un plan consensuado acerca de su utilización permitida. También existe un acuerdo con el mismo objeto acerca de las tierras que circundan la reserva actual, es el *Memorandum of Understanding for Establishing a coordinated Tribal/County Regional Planning Program Between the Swinomish Indian Tribal Community and Skagit County* -cuyo texto completo puede verse en <http://www.halcyon.com/pub/FWDP/Americas/swinomsh.txt>-

¹⁰³ Como el *Memorandum of Understanding for Establishment of a coordinated tribal/County Lummi Reservation Planning Process* - <http://www.halcyon.com/pub/FWDP/Americas/lummimou.txt>-, mucho más desarrollado que los anteriores que persigue la «creation of a process that will, hopefully, result in a cooperative plan for the management of lands within the Lummi Indian Reservation»; el *Memorandum of Understanding Establishing a Joint Land Use Regulatory Program and Minimum Development Guidelines between the Quinault Indian Nation and Jefferson and Grays Harbor Counties* - <http://www.halcyon.com/pub/FWDP/Americas/quinmou93.txt>-; o el *Memorandum of*

En los países sucesores de la Corona Española encontramos también ejemplos de esta práctica con independencia de que históricamente se hubieran articulado las relaciones entre los sectores indígena y no-indígena de la población mediante tratados. Así, encontramos ejemplos en Nicaragua, donde el Gobierno Sandinista concluyó un acuerdo con los indios Miskitos por el que éstos consiguieron la ansiada autonomía. Autonomía que significaba «el derecho a determinar, dentro de su territorio tradicional, su desarrollo político, económico, social, cultural, educacional, religioso y legal, de acuerdo con sus valores históricos y étnicos, así como con sus tradiciones sin ninguna interferencia exterior, dentro de la estructura del Estado de Nicaragua»¹⁰⁴.

También Paraguay y Guatemala han utilizado este instrumento para resolver los problemas existentes entre las comunidades indígenas y el Estado. El Gobierno de Paraguay firmó en Washington el 21 de marzo de 1998 un acuerdo con las comunidades Lamexay y Riachito donde vive el pueblo Enxet-Sanapaná, que se consiguió con la intervención de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. En virtud de este acuerdo se restauran aproximadamente 22.000 hectáreas de tierra en la región paraguaya del Chaco, a las comunidades indígenas, pretendiendo resolver así una demanda de estos grupos humanos, viva desde 1885¹⁰⁵.

El Gobierno de Guatemala, por su parte, concluyó el 31 de marzo de 1995 el Acuerdo sobre la Identidad y Derechos de los Pueblos Indígenas con la Unidad Revolucionaria Nacional Guatemalteca, en el que se comprometía a regularizar la situación jurídica de la posesión comunal indígena de las tierras y a resolver las disputas planteadas en la materia lo más rápido posible. También debían tenerse en cuenta las normas consuetudinarias indígenas para modificar los principios rectores de la solución de las diferencias relativas a los derechos indígenas sobre sus tierras¹⁰⁶. Sin embargo, la magnitud de los Acuerdos de paz imponían la necesaria reforma constitucional que, tras llevarse a cabo para caracterizar a Guatemala como una Nación pluricultural y plurilingüe, reconocer la identidad, las manifestaciones espirituales y demás derechos de los pueblos indígenas, fue sometida a referéndum el 16 de mayo de 1999, obteniendo un resultado negativo¹⁰⁷.

En este punto, aunque es evidente la existencia de algunos acuerdos, la práctica demuestra que las antiguas colonias españolas y portuguesas han

Understanding Between Federally Recognized Tribes of Washington State and the State of Washington -en http://www.halcyon.com/pub/FWDP/Americas/en_mou.txt-, aunque su ámbito material de aplicación queda exclusivamente reducido a la protección medio ambiental, que es el objeto único de su regulación.

¹⁰⁴ Véase en <http://www.halcyon.com/pub/FWDP7Americas/yatama.txt>. El texto transcrito en el texto es el art. 1.1. del acuerdo de referencia.

¹⁰⁵ *Vid.* en <http://www.oas.org/amicaviva/032598be.htm>.

¹⁰⁶ El Acuerdo de 31 de marzo de 1995 sobre la identidad y los derechos de los pueblos indígenas puede verse en Doc. A/49/842-Doc. S/1995/256 sec.F.

¹⁰⁷ *Vid.* la lectura que hace la Defensoría Maya al respecto en <http://www.treatycouncil.org/12spanish.html>

preferido regular sus relaciones con los pueblos indígenas asentados sobre sus territorios mediante normas de Derecho interno, sin escuchar la opinión de los grupos humanos a los que van dirigidas. Sin embargo, el resultado obtenido por este procedimiento no merece necesariamente una valoración negativa, pero, como indica el relator especial, el proceso de negociación y manifestación del consentimiento en obligarse -que es un elemento inherente a toda celebración de tratados- tiene la virtualidad de asegurar la contribución de las partes para lograr el cumplimiento de su contenido¹⁰⁸.

Por otra parte, a pesar de las esperanzas depositadas en ellos, la existencia de estos *arreglos constructivos* no soluciona *per se* los problemas derivados de la convivencia de grupos indígenas y no-indígenas en las sociedades pluriétnicas; son tan sólo un instrumento para lograr el objetivo deseado. Evidentemente estos textos son importantes, puesto que pretenden resolver las diferencias derivadas de la coexistencia de ambos sectores de la sociedad y, además, tienen la virtualidad de ser fruto de las voluntades concordantes de las partes implicadas¹⁰⁹.

Del epígrafe anterior -dedicado a los tratados históricos- se desprenden distintas enseñanzas en relación con la solución de este tipo de problemas: primera, no es suficiente sentarse a negociar, es preciso hacerlo con la voluntad política necesaria para lograr un texto que pueda satisfacer los intereses de las partes y, en consecuencia, sea voluntaria y responsablemente consentido por ellas; segunda, antes de entablar la negociación hay que observar dos elementos fundamentales: 1) la representatividad de las partes; y, 2) los puntos a negociar. En cuanto al primero, consideramos de suma importancia que los negociadores tengan la capacidad suficiente para adquirir compromisos, es decir, que su condición de representantes resulte indiscutida por los grupos humanos cuya voluntad van a comprometer. Además, en todos los casos la negociación deberá ser seria y respetuosa con la representación de las contrapartes indígenas; no cabe actuar al modo en el que la Nación Shoshone alega que lo están haciendo los Estados Unidos. Según las informaciones recibidas de este grupo indígena, en la actualidad, el Gobierno de Estados Unidos ofrece un proceso de negociaciones a nivel gubernamental

«But, who are the negotiating partners? Our original government, the Western Shoshone National Council is not invited at the negotiation table. Only “tribal government” which were created by the Indian Reorganization Act of 1934 are accepted these tribal

¹⁰⁸ Véase en *Estudio sobre los tratados celebrados entre pueblos indígenas y Estados*, parágrafo 268, donde M. Alfonso Martínez, afirma además que la celebración de estos *arreglos constructivos* es un mecanismo de gran utilidad para acordar el reconocimiento o la restitución de los derechos y libertades de los pueblos indígenas. En todo caso, es evidente que el procedimiento negociado es el más adecuado para lograr una solución de los conflictos acerca de las cuestiones indígenas, puesto que no sólo supone tener en cuenta la opinión del otro, sino también implicarle en los medios acordados.

¹⁰⁹ En este punto pensamos que la ausencia de negociaciones puede deberse a dos factores: uno, el desinterés del pueblo indígena afectado (cuestión acerca de la que carecemos de datos); dos, por un paternalismo mal entendido por parte del Estado en el que se encuentran asentados los pueblos interesados, de manera que los sigan creyendo incapaces para negociar y decidan por sí mismos, sin consultarles, adoptar la legislación al respecto que crean conveniente, sin tener en cuenta el modelo de sociedad en el que estos grupos humanos desean vivir.

government ... are in effect, extensions of the United States administration, the conclusions is that, in this process the United States Government is negotiating with itself. And this is what the United States Government calls "self-determination"»¹¹⁰.

Este no es el único ejemplo que observamos en la práctica actual. Así encontramos también el acuerdo antes referido en relación con la práctica canadiense, *James Bay and Northern Québec Agreement*, que no ha sido ratificado por la mayoría de los pueblos interesados, alegando como argumento la no representatividad de los negociadores indígenas, dado que, según su opinión, las negociaciones se realizaron por grupos aborígenes establecidos al efecto a impulsos del gobierno¹¹¹.

Este tipo de actuaciones compromete el éxito de la eventual aplicación del texto acordado, puesto que el pueblo indígena afectado no lo entenderá como libre y voluntariamente asumido, con lo que lo interiorizará como un instrumento hostil más, añadido a todos los que han debido enfrentarse a lo largo de la historia. Los Gobiernos indicados parecen olvidar en este punto que la memoria es la mejor fuente de conocimiento. La reproducción de los errores cometidos en el pasado pone de relieve la más absoluta incapacidad para enfrentarse al futuro de manera prudente. El resultado de los tratados históricos es evidente hoy: adquisición territorial y problemas agudizados por la falta de solución a lo largo del tiempo. En la actualidad, no se puede despojar a los pueblos indígenas de más tierras, sólo nos resta resolver los problemas, si cometemos los mismos errores lo único que conseguiremos será agravar la situación actual.

Por lo que hace referencia al elemento apuntado en segundo lugar, resulta preceptivo lograr un acuerdo acerca de las cuestiones que necesariamente deben negociarse y aquéllas de las que se puede prescindir, por ser aspectos que no resultan conflictivos entre las partes o cuyo tratamiento puede afectar a ámbitos sensibles para alguna de ellas. Este es un paso previo que puede facilitar en gran medida el desarrollo de las negociaciones posteriores.

Pero las dificultades no terminan aquí, puesto que una vez negociado, redactado y adoptado el texto de referencia, hay que desarrollarlo y cumplir los compromisos allí pactados, es necesario realizar los trámites preceptivos para su aplicación. En el supuesto de los *arreglos constructivos* no deberían adoptarse acuerdos cuya puesta en práctica no resulte factible, ya que lo que importa es su puesta en práctica. En este sentido, somos partidarios de conseguir acuerdos de mínimos que las partes estén dispuestas a cumplir antes que contenidos ambiciosos sin respaldo real.

Debemos recordar aquí la eficacia de los acuerdos no normativos general, de manera que sólo si el resultado final resulta interesante para ambas partes existirá la voluntad política necesaria para acometer su desarrollo y cumplimiento. A. Remiro y R. Riquelme, J. Díez-Hochleitner, E. Orihuela y L. Pérez-Prat, afirman

¹¹⁰ http://www.halcyon.com/pub/FWDP/Americas/wsnc_2.txt

¹¹¹ Véase en este sentido el parágrafo 94 del tercer informe del *Estudio sobre los tratados celebrados entre pueblos indígenas y Estados*, Doc. UN E/CN.4/Sub.2/1996/23.

en relación con los acuerdos de naturaleza política que su observancia «depende más que del carácter de sus obligaciones, de su acierto para reflejar continuamente intereses comunes, recíprocos o complementarios entre las partes». Por lo que el cumplimiento de estos acuerdos no es tanto una cuestión de forma como de fondo: se responderá a las obligaciones pactadas «mientras perduren las circunstancias que libremente les condujeron a ellos y esté en su mano, política y legalmente, ejecutarlos»¹¹². Estas enseñanzas resultan plenamente predicables de los denominados *arreglos constructivos*: siempre que reporten beneficios para las partes, continuarán comportándose de manera acorde con ellos.

B. Mecanismos de verificación, control y arreglo de controversias

Es obvio que el problema principal no es tanto la inexistencia de acuerdos o de disposiciones concretas para resolver problemas puntuales como el incumplimiento estatal de los mismos. Un caso típico es el de Estados Unidos, un país con una amplia experiencia en la celebración de tratados de este tipo (se calcula que existen aproximadamente cuatrocientos) concluidos con las naciones indígenas, la mayoría de los cuales cayeron en el olvido por acciones unilaterales de las autoridades federales o del Congreso. La historia muestra la existencia de un amplio orden de medios a disposición de los órganos del Estado, incluyendo el judicial, que unilateralmente despreciaban el contenido de estos tratados que en cuanto tales resultaban oponibles al Estado¹¹³, como se ha referido con la jurisprudencia transcrita *supra*.

Para evitar este tipo de situaciones, creemos que un contenido importante de estos textos es el establecimiento de mecanismos de verificación y control del cumplimiento del pacto realizado. Un buen instrumento puede ser la creación de comisiones imparciales de seguimiento -de composición paritaria- encargadas de supervisar el correcto desarrollo de los compromisos derivados del acuerdo celebrado. Una solución semejante a la recién propuesta se encuentra en el *Centennial Accord*, donde se establece que de manera periódica las partes «shall establish goals for improved services and identify the obstacles to the achievement of those goals. At an annual meeting, the parties will develop joint strategies and specific agreements to outline tasks, overcome obstacles and achieve specific goals»¹¹⁴. El Acuerdo Yatama, crea una comisión de conciliación para mejorar las relaciones entre las partes y procurar el cumplimiento de los compromisos adquiridos¹¹⁵.

¹¹² A. REMIRO y R. RIQUELME, J. DÍEZ-HOCHLEITNER, E. ORIHUELA y L. PÉREZ-PRAT, op. cit., p. 186.

¹¹³ Véase *Estudio sobre los tratados celebrados entre pueblos indígenas y Estados*, párrafos 305-306.

¹¹⁴ Encontramos una disposición de este tipo en los *Compact of self-Governance*, op. cit, por ejemplo.

¹¹⁵ Véase en relación con este punto el Acuerdo sobre las funciones de la Comisión de Conciliación entre el Gobierno de Nicaragua y Yatama.

También tiene interés en este punto el ejemplo neozelandés. El Tratado de Waitangi fue modificado en 1975 para, entre otras reformas, introducir la creación del denominado Tribunal de Waitangi, cuyo cometido inicialmente se reducía a conocer de las demandas que se le presentasen acerca de las normas y políticas desarrolladas y formular recomendaciones al respecto. En 1985 sus funciones se ampliaron para que pudiera también estudiar las reclamaciones acerca de las expropiaciones de que habían sido objeto los maoríes y las adquisiciones territoriales subsiguientes. En definitiva, el Tribunal cuenta con una competencia cuasi-general para conocer de cualquier aspecto que potencialmente pudiera contener el contenido del tratado¹¹⁶. Si bien es cierto que su competencia es consultiva, no lo es menos que sus pronunciamientos tienen una importancia política considerable, de modo que fruto de sus dictámenes se pueden producir modificaciones legislativas importantes¹¹⁷.

La falta de identificación del texto aplicable del tratado en cuestión es un problema frecuente que dificulta el correcto cumplimiento de los acuerdos. En este caso, nos parece más oportuno en aras de la seguridad jurídica es que las partes indiquen de común acuerdo un único texto auténtico. Con ello evidentemente no se previenen todas las cuestiones que pueda provocar la existencia de un tratado, puesto que las dudas sobre la interpretación que merecen sus apartados resulta consustancial a los textos de naturaleza convencional, pero éste es un problema diferente del anterior que, como la práctica desvela, no es insalvable. En todo caso, puede ser el origen de una controversia en relación con la interpretación o la aplicación del acuerdo que deberá resolverse aplicando los medios de solución establecidos al efecto en el propio texto.

En el supuesto de que los acuerdos objeto de una controversia carezcan de mecanismos al efecto¹¹⁸, el art. 36 del Proyecto de Declaración sobre los Derechos

¹¹⁶ Lo que ha posibilitado el cambio de opinión maorí en relación con este texto, ya que como pone de relieve I. Brownlie (en "Waitangi: More a Problem than a Solution?", *Treaties and Indigenous Peoples. The Robb Lectures*, Oxford, 1992, p. 77 y ss.), hasta fechas muy recientes la mayoría de los maoríes consideraban el Tratado de Waitangi como «subversive of Maori interest from the start ... More recent Maori opinion appears to be varied, but the consensus is that the Treaty is an essential part of Maori heritage».

¹¹⁷ En relación con las materializaciones concretas de sus fallos, Véase "Politics and Treaty Law", en *New Zealand Law Conference, "The Law and Politics"*, Wellington, 2-5 de marzo de 1993, en <http://www.arts.auckland.ac.nz/his/maori/waitangi/press/93nzlawc.HTM> y E. DURIE "The Outstanding Business", en <http://www.arts.auckland.ac.nz/his/maori/waitangi/press/93womens/HTML>

¹¹⁸ Incluso algunas organizaciones indígenas reivindican el establecimiento de un mecanismo internacional que procure la solución de las diferencias que pudieran enfrentar a los pueblos indígenas y a las autoridades estatales, especialmente cuando éstas sean consecuencia de cualquier incumplimiento estatal de los derechos que internacionalmente les han sido reconocidos a través de instrumentos convencionales - Vid. parágrafo 80 del *Estudio sobre los tratados celebrados entre pueblos indígenas y Estados*-. Esta reivindicación se fundamenta en la desconfianza indígena hacia la imparcialidad de los órganos jurisdiccionales internos encargados de garantizar en exclusiva el respeto de esos derechos. En este punto, consideramos necesaria la concepción de mecanismos internacionales de protección, pero no nos parece acertado crear una dualidad competencial en función de cual sea el sector social que vea vulnerado su derecho. Con esta actuación se puede provocar el rechazo de los restantes grupos sociales, que deberán acudir a los órganos internos cuando sean víctimas de los incumplimientos convencionales imputables al

de los Pueblos indígenas se decanta, como última instancia, por la solución internacional, al indicar que

«Las controversias que no puedan arreglarse de otro modo serán sometidas a los órganos internacionales competentes por todas las partes interesadas.»¹¹⁹.

El principal problema que plantea la frase transcrita es el relativo a la identificación de los órganos internacionales competentes aludidos, dado que los pueblos indígenas carecen de *ius standi* ante la Corte Internacional de Justicia; el Comité de Derechos Humanos establecido en aplicación del Pacto de Nueva York sobre Derechos Civiles y Políticos no es competente, a su vez para determinar la correcta interpretación de un texto convencional -distinto del Pacto mismo-, por lo que cabría entender que el precepto transcrito se refiere a los órganos arbitrales que eventualmente pudieran crearse al efecto.

La anterior no es la única cuestión que suscita la lectura del texto aludido, puesto que establece el medio internacional de manera subsidiaria al referirse expresamente a «las controversias que no puedan arreglarse de otro modo», pero sin aportar ninguna precisión, por lo que podremos encontrarnos con controversias que no se resuelvan porque las partes no han logrado un acuerdo en cuanto al mecanismo de solución de diferencias a aplicar, por ejemplo y sin embargo, no se sometan al órgano internacional al estimar que se encuentran indefinidamente en trámite de arreglo. En este punto lo más conveniente sería incorporar un límite temporal, tal y como hace por ejemplo la Convención de Montreal¹²⁰.

Estado, lo que podría provocar la quiebra de la paz social puesto que los otros sectores sociales que encuentran como único mecanismo de protección la vía interna pueden no entender el motivo de la diferencia.

¹¹⁹ Más ambigua resulta la cláusula incorporada en el Proyecto de Declaración Americana, puesto que no se decanta por los órganos internos o internacionales, al indicar en su art. 22 tan sólo que «Los conflictos y disputas que no puedan ser resueltos de otra manera serán sometidos a órganos competentes», lo que permite la siguiente interpretación: primero deberá acudir a los medios políticos de solución de controversias y subsidiariamente al arreglo jurisdiccional. Sin embargo, el art. 22 del mismo texto no identifica las instancias a las que se puede acudir para ello, por lo que parece dejar a la legislación interna la determinación de los órganos competentes. Sobre estas disposiciones evidentemente prevalecen los procedimientos de arreglo incorporados en el texto del acuerdo de referencia.

¹²⁰ El art. 14 del Convenio para la represión de actos ilícitos contra la seguridad de la aviación civil, hecho en Montreal el 23 de septiembre de 1971 establece: «Las controversias que surjan entre dos o más Estados contratantes con respecto a la interpretación o aplicación de este Convenio, que no puedan solucionarse mediante negociaciones, se someterán al arbitraje, a petición de uno de ellos. Si en el plazo de seis meses, contados a partir de la fecha de presentación de la solicitud de arbitraje, las partes no consiguen ponerse de acuerdo sobre la forma del mismo, cualquiera de las partes podrá someter la controversia a la Corte Internacional de Justicia mediante una solicitud presentada de conformidad con el Estatuto de la Corte». En la sentencia de 27 de febrero de 1998 en el asunto *Lockerbie (Libia c. Estados Unidos) (Libia c. Reino Unido)*, la CIJ ha tenido que interpretar este precepto en respuesta a las excepciones preliminares formuladas por los Estados demandados. En el párrafo 21 de la sentencia la Corte establece que «... de l'avis de la Cour, le différend qui existerait entre les Parties ne pouvait ni être réglé par voie de négociation ni être soumis à l'arbitrage en application de la convention de Montréal, et le refus du défendeur de prendre part à un arbitrage pour régler ce différend exonérait la Libye de toute obligation, aux termes du paragraphe 1 de l'article 14 de la convention, d'observer un délai de six mois à compter

El texto de referencia, además, afirma expresamente el necesario acuerdo de «todas las partes interesadas» para someter la controversia en cuestión al órgano internacional, por lo que nuevamente nos encontraremos con los inconvenientes derivados del desacuerdo de los interesados en este punto. Por último, si las partes admiten someter la diferencia que las enfrenta a los órganos internacionales y la Declaración no designa ninguno las partes serán quienes procedan a su identificación y la de las normas por las que se va a regir el procedimiento.

En todo caso, entendemos que es necesario perfilar un mecanismo de arreglo pacífico de las controversias que puedan suscitarse entre los pueblos indígenas y los Estados y que versen sobre el incumplimiento de los arreglos constructivos. Creemos que por su importancia, no deben ser sólo procedimientos internos o nacionales. En definitiva, estamos hablando de incumplimientos que, por la categoría a la que pertenecen son merecedores de una protección internacional adecuada. Las instancias competentes al efecto deberían crearse y concretarse en los textos destinados a proclamar los derechos de los pueblos indígenas.

de la demande d'arbitrage avant de saisir la Cour.». *Vid.* en http://www.icj-cij.org/cijwww/cdoCKET/cluk_cjudgment_980227_frame.htm.