

La subjetividad jurídica de los pueblos indígenas en el derecho internacional: soberanía, colonialismo y desafíos contemporáneos en la promoción de los derechos de los pueblos indígenas¹

The legal status of indigenous peoples in international law: sovereignty, colonialism and contemporary challenges of indigenous advocacy

Mariana MONTEIRO DE MATOS²

Resumen: Combinando un enfoque doctrinal con perspectivas interdisciplinarias, esta investigación indaga una cuestión fundamental del derecho internacional: ¿cómo se ha desarrollado la subjetividad jurídica internacional de los pueblos indígenas? Este análisis aborda esta pregunta críticamente, suscitando la consideración de otras cuestiones pertinentes y explorando los legados coloniales en el mundo jurídico contemporáneo. Al examinar la doctrina jurídica escrita en inglés, castellano y portugués, este artículo tiende un puente innovador entre la literatura del Norte Global y la del Sur Global y, en última instancia, aporta de manera substancial al ámbito de los derechos de los pueblos indígenas u originarios.

Palabras clave: Derechos de los pueblos indígenas, subjetividad jurídica internacional, personalidad jurídica, colonialismo, derechos humanos.

Abstract: By combining a doctrinal approach with interdisciplinary perspectives, this research

¹ Investigación realizada en el marco del programa postdoctoral CAPES/Brasil (Coordinación de la formación del personal de nivel superior) 88887.692557/2022-00. El presente artículo reproduce las ideas desarrolladas por la autora en el capítulo “Central and South America” del libro *Oxford Handbook of Indigenous Peoples and International Law* (Oxford, Oxford University Press, en prensa). Un agradecimiento especial al profesor Rodrigo Céspedes por la revisión del lenguaje y a los profesores Lucas Lixinski y Mattias Åhrén por la revisión inicial del contenido del capítulo en inglés. Cualquier error o deficiencia en el artículo, sea cual sea su forma o tamaño, es mío y de nadie más.

² Posdoctora en Derecho y Antropología Social (Instituto Max Planck, Alemania, 2023); posdoctora en Derecho Público (NOVA School of Law, Portugal, 2022); Dr. iur. (Georg-August-Universität Göttingen, Alemania, 2018). Profesora de Derecho Internacional y Derecho Internacional de los Derechos Humanos del Programa de Postgrado en Derecho de la Universidad Federal de Pará (Belém, Brasil). Investigadora asociada del Departamento de Derecho y Antropología del Instituto Max Planck de Antropología Social y relatora para la base de datos de Oxford de Derecho Internacional de los Derechos Humanos. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-2439-8872>. Correo electrónico: monteirodematos@eth.mpg.de.

addresses a topical question: how the international legal status of Indigenous peoples has evolved overtime? This analysis engages with this inquiry in a critical manner, prompting the consideration of further pertinent questions, and exploring colonial legacies, which are crucial to tackling the most pressing issues pertaining to Indigenous peoples' rights. It explores legal scholarship in English, Spanish and Portuguese. In doing so, this research builds a bridge between the Global North and the Global South literature, bringing innovation to the field of Indigenous peoples' rights.

Keywords: Indigenous peoples' rights, international legal status, legal personality, colonialism, human rights law.

1. Introducción

El tema del neoconstitucionalismo latinoamericano, objeto de intenso debate actual en países como Chile, se relaciona con el derecho a la diferencia de ciertos grupos étnicamente diferenciados. Este derecho solo puede entenderse como fruto de luchas históricas, desarrolladas a nivel nacional e internacional, contra una concepción homogeneizadora del Estado-nación cuyas raíces son profundamente coloniales. Para crear el derecho a la diferencia fue necesario visibilizar y escuchar a sus titulares, cuyas subjetividades jurídicas habían sido debilitadas durante décadas en la doctrina y la práctica del derecho internacional (DI) y del DI de los derechos humanos (DD. HH.). En el escenario mundial, el proceso de fortalecimiento de actores no estatales como los “pueblos indígenas u originarios”³ solo se inició a finales de la década de 1980 con el nacimiento del “modelo multicultural”⁴ de protección de los “derechos de los pueblos indígenas”⁵, concebido con la participación de los propios indígenas en la búsqueda de la autodeterminación política, económica, cultural y social, garantizada a todos los pueblos en la Carta Internacional de Derechos Humanos.

Considerando este contexto, este artículo indaga: ¿cómo se ha desarrollado la subjetividad jurídica internacional de los pueblos indígenas?, ¿cuáles son los principales desafíos de su estatus internacional actual? Para responder a las preguntas, esta investigación se basa en un enfoque doctrinal del

3 Este artículo utiliza como sinónimos los términos pueblos indígenas y pueblos originarios para referirse a las colectividades étnicamente diferenciadas, consideradas o autoidentificadas como indígenas. Esta definición de trabajo está en conformidad con el DI contemporáneo. La autora señala que estos conceptos son política, jurídica y académicamente controvertidos, y que otros términos (por ejemplo, “naciones indígenas”, “aborígenes”, “pueblos nativos” o “comunidades autóctonas” pueden ser más adecuados para referirse a estos grupos, dependiendo del contexto local).

4 Rodríguez-Piñero (2004), p. 72.

5 Esta investigación se basa en la diferenciación entre los “derechos de los pueblos indígenas”, por un lado, y los “derechos indígenas” o “derechos consuetudinarios” elaborados por los pueblos indígenas, por otro. Esta diferenciación suele pasar desapercibida en la literatura especializada que utiliza indistintamente las categorías de “derechos indígenas” y “derechos de los pueblos indígenas”. Estos últimos tienen su origen en el DI y son el resultado de movimientos legislativos mundiales impulsados por los Estados y, por lo tanto, semejantes a la categoría de los derechos indigenistas. Los derechos de los pueblos indígenas y los derechos indígenas pueden ser opuestos en algunos casos, como los relativos a los derechos territoriales indígenas, ya que las normatividades indígenas tienen un concepto diferente del territorio y la propiedad en comparación con el resto de la sociedad.

derecho fundado en la tradición jurídica alemana combinado con perspectivas críticas e interdisciplinarias de académicos tradicionales y emergentes del Sur Global, incluidos autores indígenas, que publicaron en portugués y castellano, los idiomas más hablados de “América Latina”⁶. Al explorar la bibliografía en inglés y en otros idiomas, este artículo tiende un puente entre la literatura del Norte Global y la del Sur Global⁷, que es fundamental para explorar a fondo el ámbito de los derechos de los pueblos indígenas.

Como observación preliminar, es necesario aclarar la categoría de subjetividad jurídica que se aborda en el curso de esta investigación. La definición clásica de sujeto en derecho internacional se refiere a la capacidad de una entidad para ser titular de derechos y obligaciones. Así, tradicionalmente, los sujetos se dividen en originarios (Estados) y derivados/creados. Estos últimos son, por ejemplo, las organizaciones internacionales, que tienen una personalidad jurídica limitada, en función de su instrumento constitutivo. En la práctica, esta distinción entre originarios y derivados tiene poca importancia, ya que la realidad del DI es muy compleja⁸. Por esto, aunque este artículo explora la diferenciación clásica en la doctrina, va más allá y analiza la “subjetividad jurídica”, entendida aquí como la capacidad de los sujetos para actuar en los foros institucionales internacionales, con independencia del reconocimiento de un estatus oficial o personalidad jurídica. Esta categoría de trabajo es fundamental para responder a la pregunta sobre los retos actuales de la “abogacía indígena” (*indigenous advocacy*), un término todavía poco utilizado en castellano pero muy extendido en la literatura especializada. Como definición operacional, este artículo define la abogacía indígena como una forma de crear, practicar y utilizar el derecho, impulsada por la articulación de la resistencia indígena en las esferas de interacción con los representantes del Estado⁹.

6 América Latina se entiende comúnmente como un término eurocéntrico acuñado para definir un área geográfica específica en la que las lenguas oficiales son lenguas derivadas del latín impuestas por las potencias europeas durante la época colonial. En consecuencia, el concepto de América Latina se asocia más con el legado colonial que con el proceso local de autoidentificación. Con esta salvedad de su connotación colonial, este artículo utiliza el concepto de “América Latina” como referente analítico, principalmente porque esta categoría se ha consolidado como una herramienta de análisis geopolítico difícilmente sustituible. Es pertinente señalar que Abya Yala emerge de los pueblos indígenas como una alternativa potencialmente ventajosa para reemplazar a América Latina, aunque su consolidación como opción viable aún está en proceso. Abya Yala, en la lengua del pueblo Kuna (Panamá), significa algo como tierra madura, tierra viva o tierra floreciente y es sinónimo de América.

7 Esta investigación se basa en la oposición de los conceptos Norte Global y Sur Global. Con relación al Sur Global, Mahler (2017, p. 1) explica los diferentes significados: “El Sur Global como concepto crítico tiene tres definiciones principales. En primer lugar, se ha utilizado tradicionalmente en las organizaciones intergubernamentales de desarrollo, principalmente, las que se originaron en el Movimiento de Países No Alineados, para referirse a los Estados-nación económicamente desfavorecidos y como alternativa al concepto de ‘Tercer Mundo’ propio de la guerra fría. Sin embargo, en diversos campos, y a menudo en los estudios literarios y culturales, el Sur Global se ha empleado en un sentido posnacional para referirse a espacios y pueblos afectados negativamente por la globalización capitalista contemporánea. En esta segunda definición, el Sur Global recoge una geografía desterritorializada de las externalidades del capitalismo y significa dar cuenta de los pueblos subyugados dentro de las fronteras de los países más ricos, de tal forma que hay Sur en el Norte geográfico y Norte en el Sur geográfico. [...], el epíteto ‘global’ se utiliza para desvincular al Sur de una relación unívoca con la geografía. Es a través de esta conceptualización desterritorial que se atribuye un tercer significado al Sur Global, en el que se refiere al imaginario resistente de un sujeto político transnacional que resulta de una experiencia compartida de subyugación por el capitalismo global contemporáneo” (T. del A.). Este artículo utiliza “Sur Global” en el sentido de la segunda definición.

8 Walter (2007), párrafo 26.

9 De manera similar, véase Alfinito y Terena (2021), p. 1.

En términos de estructura, este artículo se divide en cinco partes. Después de esta introducción, la sección dos explora la existencia de tratados y acuerdos entre los Estados y los pueblos indígenas en América Latina, lo que denota la existencia de una subjetividad jurídica indígena ya en la época colonial. Como se verá, estos instrumentos son cruciales para entender las demandas indígenas contemporáneas en el campo de los DD. HH. A continuación, la tercera parte profundiza en la existencia de subjetividad jurídica en tiempos coloniales y neocoloniales, a partir del movimiento de la Escuela de Salamanca. Por medio de una perspectiva crítica basada en el giro ontológico de la historia del DI, se pone de manifiesto, por un lado, la importancia de la obra de Francisco de Victoria para la resistencia indígena y, por otro, su papel central en justificar la esclavización indígena en las Américas. La cuarta parte comienza con una explicación de la situación de los pueblos indígenas en el contexto posterior a la independencia, que fue cambiando progresivamente a través de la abogacía indígena. En las últimas décadas, el movimiento indígena internacional ha logrado una participación efectiva en órganos institucionales como la Asamblea General de las Naciones Unidas (AGNU), a pesar de los constantes desafíos que también se dilucidan aquí. Al final, se presentan a modo de conclusión las observaciones finales sobre la investigación realizada.

2. Tratados y acuerdos entre Estados y pueblos indígenas en América Latina: su rol en el marco contemporáneo de los derechos humanos

La Declaración Americana de los Derechos de los Pueblos Indígenas (DADPI) ha sido aprobada por consenso entre los Estados americanos tras más de treinta años de negociaciones y representa un acuerdo fundamental sobre los derechos de los pueblos originarios. La DADPI constituye, junto con la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas (DNUDPI), “las normas mínimas para la supervivencia, la dignidad y el bienestar de los pueblos indígenas de las Américas” (artículo XLI de la DADPI). En lugar de operar de manera jerárquica, la DADPI y la DNUDPI son instrumentos legales complementarios y se refuerzan mutuamente. Por ejemplo, de forma similar a la DNUDPI (artículo 37), la DADPI estipula en su artículo XXIV el derecho de los pueblos indígenas “al reconocimiento, observancia y aplicación de los tratados, acuerdos y otros arreglos constructivos celebrados con los Estados y sus sucesores, de acuerdo con su verdadero espíritu e intención de buena fe y a que los Estados los respeten y honren”. Sin embargo, la DADPI fue más allá que la DNUDPI en la temática¹⁰, pues incluyó la obligación de los Estados en considerar la interpretación que los pueblos indígenas han otorgado a esos instrumentos legales (artículo XXIV de la DADPI). El Convenio N.º 169 de la Organización Internacional del Trabajo sobre Pueblos Indígenas y Tribales no incluye derechos y obligaciones específicas en relación a los tratados y acuerdos entre Estados y pueblos indígenas, lo cual es indicativo de un *déficit* en materia de derechos de estos últimos. El acercamiento del contenido normativo de la DADPI y de la DNU-

¹⁰ De la misma manera, véase Lixinski (2022), p. 25.

DPI es notable y contribuye para una relación de complementariedad entre las declaraciones que se traduce en una mejor protección de los derechos de los pueblos indígenas. Como características diferenciales es importante mencionar que las dos declaraciones fueron elaboradas con la participación significativa de representantes indígenas.

Como consideración preliminar, es relevante señalar la naturaleza jurídica de la DADPI que es de un instrumento de derecho indicativo o *soft law* (es decir, una fuente formal no vinculante de DI de acuerdo con el artículo 38(1) del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia). Sin embargo, la literatura indica que algunas de sus disposiciones como las relativas a los derechos territoriales de los indígenas, pueden reflejar el derecho internacional consuetudinario o principios generales de derecho y, por lo tanto, pueden considerarse vinculantes a título individual, en conformidad con las reglas de DI. Por ejemplo, la resolución 05/2012 de la *International Law Association* afirma que, de acuerdo con el derecho internacional consuetudinario, los Estados tienen la obligación de restituir los territorios ancestrales de los pueblos indígenas de los que fueron privados en el pasado¹¹, lo cual se encuentra en el artículo XXIX(5) de la DADPI. Además, los órganos jurisdiccionales y cuasi-adjudicatorios pueden utilizar la DADPI como herramienta jurídica para interpretar el alcance de las disposiciones de tratados como la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH), dando así un efecto de derecho duro (*hard law*) a un instrumento de derecho indicativo (*soft law*) como ya ha hecho la Corte IDH en su jurisprudencia por considerar la DADPI parte del *corpus iuris* internacional¹². En su profundo análisis del estatus de la DNUDPI en el DI de los DD. HH., Barelli concluyó que este instrumento tiene gran relevancia y puede generar expectativas realistas de un comportamiento estatal conforme y producir importantes efectos jurídicos¹³. Lo mismo puede ser legítimamente esperado de la DADPI, ya que ambas tienen un estatus “declarativo” y comparten una base normativa común.

Entre sus efectos jurídicos, cabe señalar que la DADPI se aplica (lo que no debe confundirse con ser vinculante) a los Estados miembros de la Organización de los Estados Americanos (OEA) o¹⁴, dicho de otra manera, todos los países latinoamericanos menos Nicaragua¹⁵. Del mismo modo, la

11 Resolution No. 5/2012 – Rights of Indigenous Peoples, International Law Association, de 26-30 de agosto de 2012. Sobre la relevancia de la resolución, véase Wiessner (2018), pp. 220-228.

12 Corte IDH: *Caso Comunidad Indígena Maya Q'Eqchi Agua Caliente vs. Guatemala*, Series C No. 488 (Fondo, Reparaciones y Costas), de 16 de mayo de 2023, párrafo 47; *Ibid.*: *Opinión Consultiva 23/17 de 15 de noviembre de 2017 – Medio Ambiente y Derechos Humanos*, Series A No. 23, 2017, párrafo 58; Monteiro de Matos (2021), p. 162; Toro (2015). p. 565.

13 Barelli (2016), p. 45.

14 Cuando se adoptó la DADPI, Canadá expresó su no postura (*non-position*) sobre la DADPI, y los Estados Unidos de América emitieron notas al pie indicando su posición como objetor persistente a la DADPI. Además, Colombia emitió notas interpretativas sobre diferentes disposiciones de la DADPI; y notas al pie sobre los artículos relativos al consentimiento libre, previo e informado (artículos XXIII.2 y XXIX.4 de la DADPI) y las actividades militares en tierras indígenas (artículo XXX.5 de la DADPI). En ese sentido, véase: [<https://www.oas.org/en/sare/documents/DecAmIND.pdf>]. [Fecha de consulta: 29 de diciembre de 2024].

15 En diciembre de 2024, la OEA cuenta con treinta y cuatro miembros: Antigua y Barbuda, Argentina, Barbados, Belice, Bolivia, Brasil, Canadá, Chile, Colombia, Costa Rica, Cuba, Dominica (Mancomunidad), República Dominicana, Ecuador, El Salvador, Granada, Guatemala, Guyana, Haití, Honduras, Jamaica, México, Panamá, Paraguay, Perú, San Kitts y Nevis, Santa Lucía, San Vicente

DNUDPI es aplicable a todos los Estados miembros de la Organización de las Naciones Unidas (ONU), independientemente de si han votado a favor o en contra. Esta perspectiva legal contrasta con la práctica de algunos Estados que niegan la aplicación de la DNUDPI en sus países con la justificativa que votaron en contra de su adopción o se abstuvieron; pero ella deriva del artículo 2.2 de la Carta de las Naciones Unidas, a la que los Estados están legalmente obligados desde que ratificaron dicha Carta al unirse a la ONU. Esta disposición estipula el principio fundamental de que todos los miembros cumplirán sus obligaciones de buena fe para garantizar a todos ellos los derechos y beneficios que se deriven de su membresía en la ONU. Podría decirse que estas obligaciones incluyen el cumplimiento de las resoluciones y declaraciones de la ONU, como la DNUDPI¹⁶. De lo contrario, si los Estados se adhirieran únicamente a las resoluciones de la ONU que se alinean con sus preferencias, la eficacia del DI se vería gravemente comprometida. De conformidad con el procedimiento descrito en la Carta de las Naciones Unidas (artículos 9 a 22), la AGNU adoptó la DNUDPI, haciendo innecesaria la firma o ratificación de los Estados para su implementación.

La celebración de tratados con los pueblos indígenas fue una práctica colonial común desarrollada en el contexto de los Estados Unidos de América (EE. UU.), Canadá y Nueva Zelanda. La literatura convencional, particularmente la escrita en inglés, ha pasado por alto el aporte indígena y del Sur Global que evidencia tal práctica en Abya Yala y subraya la relevancia de estos acuerdos jurídicos para el contexto local. La evidencia de tales acuerdos (escritos y orales) en América Latina es sólida, por lo que su existencia es innegable¹⁷. En su célebre “Estudio sobre tratados, acuerdos y otros arreglos constructivos entre Estados y poblaciones indígenas”, el eminente relator especial de la ONU, Miguel Alfonso Martínez, mencionó los acuerdos con el pueblo Kuna Yala (Panamá), y los pactos del pueblo mapuche (Argentina y Chile)¹⁸, antes de concluir que¹⁹:

“109. Cabe señalar que, si bien el Relator Especial afirmó inicialmente que pocos tratados, si

y las Granadinas, Suriname, Las Bahamas (Mancomunidad), Trinidad y Tobago, Estados Unidos de América, Uruguay y Venezuela (República Bolivariana de). Fuente: Organización de los Estados Americanos, Estados Miembros. [Disponible en: https://www.oas.org/en/member_states/default.asp]. [Fecha de consulta: 28 de diciembre de 2024].

16 Para un análisis detallado, véase Kunig (2006), párrafo 14.

17 Entre otros, véase Briones y Carrasco (2000), pp. 25 y ss.; Comisión Interamericana de Derechos Humanos: Derecho a la libre determinación de los Pueblos Indígenas y Tribales, OEA/Ser.L/V/II, 2021, párrafo 228; Gutiérrez Vega (2004), p. 43; Levaggi (1993), pp. 81-82; *Ibid.* (2000); Trinchero *et al.* (2014), pp. 7 y ss.

18 Es pertinente destacar que el relator especial hace referencia en su informe (1999, p. 55) sobre la recepción de documentos relevantes por parte de los líderes indígenas, los cuales constituyen evidencia de los parlamentos mapuches. Entre otros tratados se destaca las Paces de Quilín (1641), que ha reconocido la soberanía mapuche en la zona de los ríos Bío-bío y Toltén, según explica la antropóloga Schulte-Tenckhoff (1998, p. 250), asistente del relator Miguel Alfonso Martínez. En la actualidad, persisten disputas judiciales concernientes a la implementación de dichos tratados en el territorio chileno, constituyendo este un aspecto significativo en los reclamos territoriales mapuche, según lo establecido en la jurisprudencia interamericana. En relación con ese tema, se recomienda consultar las siguientes fuentes: Corte IDH: *Caso Huilcamán Paillama y otros vs. Chile*, Serie C N.º 527 (Fondo, Reparaciones y Costas), de 18 de junio de 2024, párrafos 49-56; *Ibid.*: *Caso Norín Catrimán y otros (Dirigentes, Miembros y Activista del Pueblo Indígena Mapuche) vs. Chile*, Serie C N.º 279 (Fondo, Reparaciones y Costas), de 29 de mayo de 2014, párrafos 75-78.

19 Study on treaties, agreements and other constructive arrangements between States and indigenous populations: Final report by Miguel Alfonso Martínez, Special Rapporteur, Organización de las Naciones Unidas, Economic and Social Council, E/CN.4/Sub.2/199/20, de 22 junio de 1999.

es que había alguno, se remontaban a la época colonial en América Latina, investigaciones posteriores lo han llevado a reconsiderar esta suposición. [...] En esta etapa final de su trabajo, el Relator Especial se inclina a aceptar que el origen, las causas y el desarrollo de estos instrumentos jurídicos pueden compararse, *prima facie* y en algunos aspectos, con los de ciertos tratados indígenas en la Norteamérica británica y francesa” (T. del A.).

Chile es un buen ejemplo que demuestra la relevancia de los acuerdos entre Estados y pueblos indígenas en Abya Yala. El pueblo rapanui de la Isla de Pascua tiene una denuncia en curso en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos (SIDH) que menciona el incumplimiento de Chile de sus obligaciones bajo el Acuerdo de 1888 que presuntamente resultó en violaciones de DD. HH.²⁰. Esta denuncia no es una prueba anecdótica. Más bien, es una pequeña parte de una práctica generalizada en América Latina de incumplimiento de tratados que demuestra la relevancia de explorar acuerdos históricos para comprender las luchas y demandas actuales de los pueblos indígenas como ya demuestra la práctica y jurisprudencia de la Corte IDH²¹. Muchos de estos pactos representan prototipos de tratados desiguales en el sentido de acuerdos jurídicos desequilibrados debido a su contenido o procedimiento de elaboración, lo que ha suscitado un considerable debate contemporáneo sobre su validez y aplicabilidad²². La existencia de tratados y acuerdos entre pueblos indígenas y Estados puede tener incluso implicaciones para el derecho procesal de los DD. HH., conforme explicó el juez chileno de la Corte IDH (2010-2021), Eduardo Vio Grossi, sobre el requisito de agotamiento de los recursos internos (artículo 46(1)(a) de la CADH) en una audiencia²³:

“¿Quiénes son los sujetos del acuerdo? ¿Es el Estado y el pueblo indígena? ¿O es el Estado y el individuo? Porque si es el Estado y el individuo, claro, está el ordenamiento interno, pero si es el pueblo indígena ya entramos, yo estoy viendo desde el punto de vista del derecho internacional y de la Convención, entramos a hablar de subjetividades jurídicas. Y, por lo tanto, escapamos un poquito, creo yo, a lo mejor probablemente, de la consideración de que todo acuerdo incumplido en el orden interno tiene que recurrirse a los tribunales”.

En el contexto de los DD. HH., dar luz sobre los tratados coloniales y neocoloniales en América Latina entre los pueblos indígenas y los Estados es fundamental por muchas razones. Una de las más relevantes es la de superar la división tradicional entre el desarrollo histórico de los pueblos indígenas en los Estados del Norte Global (por ejemplo, Australia, Canadá, Nueva Zelanda, Estados

20 Comisión Interamericana de Derechos Humanos: Informe N.º 150/21, Petición 172-15, OEA/Ser.L/V/II Doc. 158, 14 de julio de 2021.

21 Corte IDH: *Caso Pueblo Indígena Xucuru y sus miembros vs. Brasil*, Alegatos finales escritos presentados por los representantes de las víctimas, 2017, p. 4; *Ibid.*: *Caso Kuna de Madugandí y Emberá de Bayano y sus miembros vs. Panamá*, Series C N.º 284 (Excepciones preliminares, Fondo, Reparaciones y Costos), de 14 de octubre de 2014, párrafos 24-40.

22 Peters (2018), párrafo 9.

23 Transcripción del autor de la audiencia pública en el caso *Pueblos Indígenas Kuna de Madugandí y Emberá de Bayano y sus Miembros vs. Panamá* (2014). [Disponible en: <https://vimeo.com/showcase/2810791>]. [Fecha de consulta: 17 de diciembre de 2024].

Unidos, entre otros) y el resto de los países del mundo, y así, demostrar que los pueblos indígenas están unidos por un sufrimiento común resultante del colonialismo, a pesar de las condiciones socioeconómicas contrastantes en que los diferentes pueblos viven actualmente. Es de suma importancia que se logre ese entendimiento a fin de comprender mejor los desafíos asociados con la implementación de los derechos de los pueblos indígenas y los medios para resolverlos.

3. Derecho colonial y personalidad jurídica de personas y pueblos indígenas: la resistencia indígena en la doctrina y práctica

En la mayoría de los casos, cuestiones relacionadas con la soberanía emergen en el centro de los debates sobre la subjetividad internacional de los pueblos indígenas, con referencia a los tratados y acuerdos coloniales y neocoloniales firmados con los Estados. La literatura jurídica ha debatido en los últimos años si los pueblos indígenas, en particular aquellos que han firmado acuerdos jurídicos internacionales, son sujetos originales del DI, o sea naciones soberanas iguales a los Estados, con personalidad jurídica internacional y titulares del derecho a la autodeterminación que podría llevar a la secesión²⁴. La abogacía indígena (*indigenous advocacy*) de los pueblos indígenas en América Latina no ha promovido sistemáticamente esta afirmación y ha defendido el derecho a la autodeterminación en conformidad con la DNUDPI y DADPI. Sin embargo, los juristas, particularmente en el Norte Global, se han involucrado en un debate sustancial sobre la clasificación de los pueblos indígenas como sujetos originales o derivados. Como resultado, analizaron dicha afirmación desde diferentes ángulos, proporcionando respuestas disímiles con respecto al estatus internacional original de los pueblos indígenas.

Para comprender las cuestiones jurídicas y políticas relativas a la “soberanía indígena”²⁵, hay que retroceder en el tiempo y observar los primeros desarrollos del DI en los siglos XV y XVI. La división territorial de América Latina que influyó en límites geográficos actuales comienza con las bulas del papa Alejandro VI (1493) (también conocidas como bulas alejandrinas). Ellas pusieron en marcha la elaboración de un marco normativo para la expansión colonial a las Américas, que se vio reforzado por el Tratado de Tordesillas (1494) entre las potencias ibéricas, hoy Portugal y España, que pasaban por alto a los gobiernos locales existentes en las Américas. Este tratado estableció una línea imaginaria que dividía las tierras rodeadas por el océano Atlántico entre las coronas portuguesa y española²⁶. Como consecuencia de esta división, surgieron dos grandes áreas culturales en América Latina: la región hispánica y la lusófona (Brasil). Como Francia, Gran Bretaña y los Países Bajos no estaban incluidos en la división, ellos buscaron influir en esta zona de otra manera y,

24 Alfredsson (2022), párrafos 14-19; Brownlie (1992), p. 49; Kingsbury (2001), pp. 234-237.

25 Corntassel y Primeau (1995), p. 356.

26 Duve (2013), párrafo 11.

posteriormente, establecieron colonias a largo plazo en el Caribe y América Central, así como en América del Norte.

Contra este trasfondo histórico-jurídico, comenzó a surgir la jurisprudencia sobre DI con la llamada Escuela de Salamanca. Uno de los máximos exponentes de la escuela, el fraile dominico Francisco de Victoria (con la “c” en el estilo de escritura latino), profesor de Teología en la Universidad de Salamanca, es ampliamente considerado como el padre del DI y del DI de los DD. HH. Su reputación se debe principalmente a la elaboración de los antecedentes teóricos para la separación entre el derecho y la teología, incluyendo la redefinición del *jus gentium* (derecho de gentes), de un derecho *inter omnes homines* (entre los hombres) a un derecho *inter omnes gentes* (entre los pueblos), con el objetivo de abordar las nuevas relaciones establecidas con las comunidades políticas fuera de Europa (o sea, los pueblos originarios)²⁷. Él se interesó especialmente por las cuestiones relacionadas con el colonialismo y la propiedad, cuyas respuestas desarrolló en su obra magna *De indis et de iure belli relectiones* (*Sobre los indios y el derecho a la guerra*, 1557), que formaron parte de sus *Relectiones Theologicae XII*.

Junto con su colega, el fraile dominico Bartolomé de las Casas²⁸, Victoria defendió el reconocimiento de las personas indígenas, o en la terminología victoriana “indios”, como seres humanos con personalidad jurídica y derechos naturales, incluidos los derechos relacionados con la propiedad. El enfoque de Victoria y De las Casas era inusual en comparación con la mayoría de sus contemporáneos que sostenían la superioridad racial de los europeos y, consecuentemente, el trato cruel de los habitantes originales de las Américas que incluía la esclavitud y la trata de personas a gran escala. El célebre Debate de Valladolid (1550-1551) que fue dedicado a los aspectos morales y éticos de la conquista española representa uno de los casos más notables de esta controversia, con Victoria y De las Casas representando un lado y Juan Ginés de Sepúlveda, capellán del emperador Carlos V, representando el punto de vista opuesto que abogaba por una agresiva expansión de la conquista española en América y la negación de los derechos territoriales de los habitantes nativos.

Victoria y De las Casas son considerados convencionalmente como “defensores de los indios”. Sus reputaciones se extienden a lo largo y ancho, como lo demuestra la existencia continua del prestigioso *Premio Bartolomé de las Casas*, que honra a personas e instituciones comprometidas con el avance de los derechos de los pueblos indígenas en las Américas. Sin embargo, los enfoques críticos del DI han cuestionado la imagen tradicional de Victoria, exigiendo una reinterpretación de su obra como un instrumento del imperialismo europeo, un recipiente para la dominación colonial²⁹. En consecuencia, la teoría de Victoria, si bien reconocía la humanidad de los pueblos nativos, en última

27 Bunge (2017), p. 38. Para una visión más omnicomprendensiva, véase Marks (1990), pp. 1 y ss.

28 Para una visión más omnicomprendensiva sobre la obra de Bartolomé de las Casas desde la perspectiva de la filosofía y la historia del derecho, véase Dussel (2005), pp. 37-48; Rangel (1996); y Wolkmer (2012), pp. 14-15.

29 Macedo (2012), pp. 6-7; y Silva Júnior (2018), pp. 177-178.

instancia argumentaba a favor de los españoles, justificaba la violencia de los pueblos coloniales sobre los habitantes nativos de América y condenaba la resistencia indígena por violar el derecho natural universal. Por ejemplo, Victoria sostenía que los españoles tenían “derecho a viajar a las tierras de los indios y a residir allí mientras no les hagan daño, y no pueden ser impedidos por los indios”³⁰. ¿Y si los indígenas previnieran a los españoles? El trabajo seminal de Anghie basado en el análisis de Victoria ofrece una respuesta concisa a esta pregunta³¹:

“[...]. Por lo tanto, cualquier resistencia indígena a las incursiones españolas equivaldría a un acto de agresión por parte de los indios que justificaría el uso de la fuerza por parte de los españoles en defensa propia y, al hacerlo, la expansión interminable de su territorio, conquistando a los gobernantes nativos en el proceso. La violencia surge, en el sistema de Vitoria, por la inevitable infracción por parte del indio de la ley natural a la que está obligado” (T. del A.).

A pesar de las críticas en algunos puntos de su teoría³², el trabajo de Victoria es fundamental para los derechos de los pueblos indígenas, ya que se opone a la doctrina de *terra nullius*, que puede traducirse como “territorio sin amo”. Esta teoría ha creado una ficción jurídica con efectos continuos en América Latina sobre la base de que una determinada tierra no es propiedad de nadie³³, abiertos a la ocupación, lo que se utiliza como justificación unilateral para despojar a los pueblos indígenas de sus territorios. Además, el análisis de Victoria indica el estatus de los pueblos indígenas como sujetos originarios en el derecho internacional y, por lo tanto, su plena personalidad jurídica. En su primera reelección seminal, *De Indis Relectio Prior*, él examinó si los “indios” antes de la llegada de los españoles eran verdaderos propietarios de la tierra, tanto desde el punto de vista del derecho público como el privado, respondiendo afirmativamente³⁴.

La doctrina de Victoria ha influido profundamente en el desarrollo del DI. Destacados autores internacionales, incluido Grotius, han construido su trabajo sobre el legado de Victoria, proporcionando así un cierto grado de apoyo a la capacidad de los representantes de los pueblos indígenas para entablar relaciones de tratados con las potencias coloniales, que en la práctica iban acompañadas de la noción de inferioridad de la otra parte por parte de los europeos³⁵. La literatura jurídica aclara que el renombrado jurista Vattel estableció una diferenciación teórica aplicable a los pueblos no-europeos, según la cual ciertos grupos eran clasificados como Estados en función de sus actividades

30 Vitoria (1917), p. 150.

31 Anghie (2006), p. 744.

32 Para un resumen de la crítica al trabajo de Anghie, véase Koskeniemi (2014), pp. 121-123.

33 Gilbert (2006), pp. 20-40.

34 Vitoria (1917), p. 125. En relación con el tema, Dussel (2005, p. 52) presenta una reflexión que evidencia una postura crítica: “Los derechos de los que [a] peregrinan, de los que [b] comercian o de los que [c] pueden transformarse en ciudadanos con derechos plenos (según el *ius solis*), son sólo los europeos, metropolitanos. Dichos derechos se enuncian en nombre del ‘derecho de todos los pueblos’, pero sólo los europeos pueden ser sus sujetos, porque Vitoria no se está refiriendo al derecho de peregrinar, de comerciar o de adoptar los derechos de ciudadanía de los indígenas en Europa”.

35 Anaya (2004), pp. 19-26; Gilbert (2006), p. 45; y Thornberry (2002), pp. 71-72.

de subsistencia³⁶. En consecuencia, las sociedades sedentarias se consideraban naciones, mientras que las que se dedicaban a actividades extractivistas, no lo eran.

En América Latina había un fuerte contraste entre el trato deshumanizante hacia los pueblos indígenas en las antiguas colonias y su estatus oficial como sujetos de derecho³⁷, que fue ampliamente regulado a través de un marco legal evolutivo emitido por las coronas portuguesa y española. En particular, este marco incluía las Leyes de Indias (hacia 1500) y las *Cartas Régias* (1609 y 1611), que reconocían, de manera limitada, la soberanía indígena y sus derechos de propiedad. La práctica colonial habitual se basaba en la tortura y la esclavitud de los indígenas con el fin de explotar el medioambiente y acumular capital económico para Europa. Sus consecuencias persisten hasta el día de hoy, visibles a través del racismo y la segregación estructural de los pueblos indígenas del resto de la sociedad.

El enfoque dicotómico convencional, que solamente contrasta la práctica con el derecho colonial como si fueran dos esferas totalmente separadas, no corresponde a la compleja realidad colonial que fue elaborada en la literatura más avanzada sobre derecho colonial en América Latina. A partir de conceptos específicos, se ha revelado una compleja interacción entre sujetos y emociones que generó formas sociales diferentes de utilización del derecho como en el clásico libro *Ciriaco de Urtecho* de Fernando de Trazegnies (1981). El establecimiento de un marco jurídico que propugnaba un mejor trato de los pueblos indígenas, a partir de Francisco de Victoria, demostró ser un factor fundamental en la promoción de la resistencia indígena en el judiciary colonial. Los estudios contemporáneos sobre la historia colonial del derecho han revelado que, a partir de los siglos XVII y XVIII, algunos nativos y nativas, sobre todo las mujeres, empezaron a luchar judicialmente contra la esclavitud indígena ante organismos jurisdiccionales locales, como la Junta de Misiones (*Junta das Missões*) en Brasil, un tribunal compuesto por autoridades eclesiásticas y seculares encargadas de supervisar los asuntos indígenas en las antiguas colonias portuguesas³⁸. En casos históricos asimétricos tipo *David contra Goliath*, dada la desigualdad de poder entre las partes, los individuos indígenas seleccionados, a veces apoyados por defensores públicos, ganaron no solo su libertad, sino también la de sus familias³⁹. La esclavitud indígena por las denominadas guerras justas seguían siendo legales, pero otras formas de esclavitud indígena, que existían ilegalmente en la práctica colonial, pasaron a ser contestadas judicialmente y algunas fueron reconocidas como injustas.

A la luz del análisis anterior, se puede argumentar que los pueblos indígenas fueron sujetos originarios de derecho internacional, con agencia local y derecho a la soberanía sobre sus territorios, incluidos los que fueron anteriormente parte de las colonias portuguesas y españolas. Esta

36 Anaya (2004), pp. 22-23; y Gilbert (2006), pp. 22-24.

37 Cunha (2018), p. 363; Mendes Junior (2018), pp. 417-418; y Néspolo (2004), p. 268.

38 Ferreira (2021), p. 31; Mello (2005), pp. 1 y ss.; y Pelegrino (2022), p. 791.

39 Mello (2005), p. 15; y Sweet (1981), p. 274.

conclusión se alinea con la literatura existente y algunas perspectivas indígenas seleccionadas⁴⁰. Sin embargo, cabe señalar que no existe un consenso en la literatura jurídica sobre la clasificación de los pueblos indígenas como sujetos originales. Algunos autores plantean que los pueblos indígenas eran “entidades funcionales” o tenían una personalidad jurídica limitada, pero nunca tuvieron derechos soberanos iguales a los de los Estados, siendo solamente sujetos derivados⁴¹. La Corte Internacional de Justicia (CIJ) y su predecesora han sostenido una comprensión similar de la materia en la jurisprudencia, como lo demuestra el examen de casos relacionados con la adquisición territorial en diversas regiones del mundo⁴². El análisis de estas decisiones revela una tendencia a apoyar reclamos de soberanía contruidos sobre prácticas coloniales de dominación, en detrimento del reconocimiento de los derechos originarios por parte de los habitantes nativos de estos territorios.

La cuestión de si los pueblos indígenas eran sujetos colectivos originarios en DI fue reemplazada en gran medida por la doctrina dominante, que indica una pérdida progresiva de su estatus internacional y personalidad jurídica⁴³. La literatura demuestra que a finales del siglo XVIII, un cambio en el equilibrio de poder formó la opinión que las cuestiones y derechos indígenas eran asuntos solamente de interés nacional⁴⁴. Este cambio, que se denomina en la literatura especializada de “domesticación de los asuntos indígenas”, se examinará con más detalle en la siguiente sección.

5. El cambio progresivo de la subjetividad de los pueblos indígenas a partir del siglo XVIII: desafíos y perspectivas contemporáneas

En el periodo comprendido entre los siglos XVIII y XIX, la influencia directa del DI en los asuntos indígenas fue sustancialmente restringida. Alrededor del mundo, los Estados comenzaron a gestionar los derechos de los pueblos indígenas como asuntos domésticos, evadiendo así el escrutinio de la comunidad internacional sobre las denuncias de acaparamiento de tierras y exterminio sistemático de grupos étnicos. Como resultado, los derechos de los pueblos indígenas experimentaron un debilitamiento gradual, lo que ha producido efectos duraderos, como la negación de la plena personalidad jurídica internacional de los pueblos indígenas. La doctrina mayoritaria contemporánea entiende los pueblos indígenas como sujetos derivados con personalidad jurídica limitada a áreas específicas. Por mucho tiempo, se socavó la libre determinación de los indígenas, como se aclara

40 Anaya (2004), pp. 26-31; Göcke (2010), pp. 174-175; Gutierrez Veja (2004), p. 23; Lightfoot (2021), pp. 987-990; Rodríguez-Piñero (2004), p. 63; y Shelton (2020), p. 217. Para otras perspectivas indígenas, véase Wiessner (2008), pp. 1170-1173.

41 Crawford (2019), p. 11; Meijknecht (2001), p. 17; y Thornberry (2002), p. 85. Cabe destacar que la concepción de Crawford ha cambiado con el tiempo. Sus primeros trabajos indicaban que las “comunidades indígenas” podían considerarse Estados, dependiendo de su organización política. A este respecto, véase Crawford (2006), p. 268.

42 Corte Internacional de Justicia (1975), párrafo 80; y Corte Permanente de Justicia Internacional (1933), pp. 46-48.

43 Para un ejemplo excepcional, véase Lightfoot (2021), pp. 987-990.

44 *Ibid.* número 37.

más adelante con referencia a la situación en las Américas⁴⁵:

“A finales del siglo XVIII y principios del XIX, las Américas estaban pobladas por Estados independientes en los que florecía el constitucionalismo basado en la iniciativa de los partidos no indígenas. Por muy diferente que fuera la postura indígena, todos estos Estados constituyentes tenían una cosa en común: el error de confundir parte del electorado nacional con toda la nación. Desde el principio, esto eliminó la posibilidad de bilateralismo o asociación. En el sentido europeo de la palabra, la soberanía fue heredada y asumida por estos Estados euroamericanos. Se sintieron alentados y reforzados por su propio impulso constituyente. Una parte de la población, el colonial (originalmente el forastero), se apropió del poder de constituirse como si representara una totalidad humana. Todo el poder constituyente de los flamantes Estados lo asumió. Una parte ejercía su poder sobre el todo. Las constituciones americanas nacieron, pues, de este pecado original de tropismo y unilateralismo” (T. del A.).

Como indica la cita anterior, el surgimiento de Estados en Abya Yala fue producto de una ficción legal que invisibilizó la vida y la voluntad de millones de personas, varias de las cuales pertenecían a colectividades étnicas únicas que constituían una parte significativa de la población en estas regiones. Al respecto, Aníbal Quijano dilucida el patrón colonial: “Fue y siguió siendo una sociedad colonial incluso cuando se independizó y formó un nuevo Estado. Este nuevo Estado siguió siendo, por tanto, un microcosmos de la colonialidad del poder en la sociedad”⁴⁶. Después de su independencia, los Estados latinoamericanos establecieron estructuras sociales, políticas y económicas sobre la premisa de negar a los pueblos indígenas el acceso a la tierra, los derechos de propiedad y desconocer sus identidades socioculturales como componentes integrales de la sociedad nacional⁴⁷. Vale la pena señalar que después de la independencia, la subyugación legal de los pueblos indígenas en América Latina se manifestó en su falta de capacidad legal o su capacidad legal restringida y la negación de sus derechos originales sobre las tierras en virtud de las leyes nacionales que aún tienen efectos continuos en sus vidas.

En los siglos XX y XXI, la combinación del auge de los DD. HH. con el fortalecimiento del movimiento internacional de resistencia indígena y el surgimiento del neoconstitucionalismo latinoamericano marcaron un cambio dramático en el manejo de los derechos de los pueblos originarios y su estatus internacional. Esos derechos ya no son solamente asuntos domésticos. Actualmente, pese a la falta de personalidad jurídica colectiva, los pueblos indígenas y sus representantes son actores globales que participan en la elaboración de leyes y políticas internacionales. Por lo tanto, ellos tienen efectivamente su subjetividad jurídica internacional. Por ejemplo, el relator especial de

45 Clavero (2005), p. 3.

46 Quijano (2005), p. 60.

47 Stavenhagen (2013), pp. 110-111; y Quijano (2005), p. 67.

la Organización de las Naciones Unidas (ONU) para los derechos de los pueblos indígenas (2020-2024) fue el señor Francisco Calí Tzay, indígena de origen maya de Guatemala. Además, otros representantes indígenas se relacionan con la ONU a través de mecanismos institucionales, como el Foro Permanente para las Cuestiones Indígenas (*Permanent Forum on Indigenous Issues*) y el Mecanismo de Expertos sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas (*Expert Mechanism on the Rights of Indigenous Peoples*). A nivel regional, representantes indígenas han participado en las Cumbres de las Américas de la OEA durante un periodo prolongado y han solicitado formalmente el establecimiento de un foro permanente para abordar las cuestiones indígenas, lo cual está pendiente de análisis⁴⁸.

Después de que se les negara la oportunidad de hablar para los Estados en 1923 en la Sociedad de Naciones⁴⁹, a los líderes indígenas se les concedió el privilegio de hacerlo varias veces en la ONU⁵⁰, particularmente en la adopción de la DNUDPI (2007) y durante la Conferencia Mundial sobre los Pueblos Indígenas (CMPI) en 2014. Este último hecho demuestra el cambio significativo en la práctica internacional sobre los asuntos indígenas que caracteriza el contexto actual. La CMPI puede considerarse un momento crucial, como lo demuestra el párrafo 33 del documento final de la CMPI, en el que se esboza el compromiso de los Estados de estudiar formas de permitir la participación de los pueblos indígenas en las reuniones pertinentes de la ONU sobre las cuestiones que les afectan⁵¹. La internacionalización de las cuestiones indígenas bajo los auspicios de la ONU se convirtió en un fenómeno innegable y contrastante con el enfoque estatal oficial de los siglos XVIII y XIX, que “domesticó” los asuntos indígenas (*domestication of Indigenous affairs*). Desde la CMPI, ha habido un proceso continuo para mejorar la participación de los pueblos indígenas en la AGNU, el principal órgano internacional de formulación de políticas⁵². Cabe destacar que este proceso está orientado hacia la participación significativa de los pueblos indígenas, entendida como la creación de condiciones que permitan la debida consideración de las opiniones indígenas por parte de los Estados, en lugar de simplemente permitir su presencia física en los espacios de la ONU. La creciente participación de los movimientos indígenas en las instituciones internacionales ha sido ampliamente explorada en la literatura interdisciplinaria⁵³. En ese sentido, explica uno de los principales autores, el antropólogo canadiense Ronald Niezen⁵⁴:

48 Organización de los Estados Americanos (2010). “La participación de los pueblos indígenas en el Sistema Interamericano: Mecanismos existentes y nuevas herramientas propuestas”, pp. 14-15. [Disponible en: https://www.oas.org/dil/esp/indigenas_publicaciones_participacion_sistema_interamericano.pdf]. [Fecha de consulta: 29 de diciembre de 2024].

49 Lightfoot (2021), p. 981.

50 Ways and means of promoting participation at the United Nations of indigenous peoples’ representatives on issues affecting them, Organización de las Naciones Unidas, Asamblea General, A/HRC/21/24, de 2 de julio de 2012.

51 Resolution No. 69/2 – Outcome document of the high-level plenary meeting of the General Assembly known as the World Conference on Indigenous Peoples, Organización de las Naciones Unidas, Asamblea General, A/RES/69/2 2014, de 22 de septiembre de 2014, párrafo 33.

52 Stocktaking report compiling existing procedures on the participation of Indigenous Peoples at the United Nations, highlighting existing gaps and good practices. Report of the Office of the United Nations High Commissioner for Human Rights, Organización de las Naciones Unidas, Asamblea General, A/HRC/57/35, de 31 de julio de 2024, párrafos 21-31.

53 Entre otros, véase Cornthassel (2007), pp. 137 y ss.; y Merlan (2009), pp. 303 y ss.

54 Niezen (2003), p. 12.

“El movimiento internacional de los pueblos indígenas traslada las paradojas centrales de la identidad a los ámbitos del derecho internacional, sobre todo al desarrollo de las normas de derechos humanos, y a los debates menos concretos en torno al multiculturalismo y los límites de la tolerancia social en los Estados liberales” (T. del A.).

En ese contexto, este análisis identifica un aspecto distintivo de la internacionalización contemporánea de las cuestiones indígenas: su carácter híbrido, que abarca tanto aspectos políticos como jurídicos. Con el fin de desarrollar un mecanismo para mejorar la participación de los pueblos indígenas en la AGNU, se han adoptado varias resoluciones que garantizan la continuidad y la seguridad jurídica de las partes involucradas en el proceso. No se trata solo de una cuestión política o diplomática, sino también jurídica y, por lo tanto, tiene exigibilidad en los órganos onusianos.

Un asunto crucial es que las normas institucionales de la ONU estipulan que solamente se permite a los Estados miembros y a las organizaciones no gubernamentales (ONG) con estatus consultivo interactuar en la AGNU (por ejemplo, asistiendo a sesiones oficiales y celebrando eventos paralelos). Esta norma restringe el ámbito de acción de los movimientos indígenas, ya que normalmente ellos no están estructurados como ONG debido a sus formas particulares de organización política. De hecho, en algunos países latinoamericanos, ellos tienen una personalidad jurídica limitada y, en consecuencia, no tienen siquiera plena autonomía para registrarse jurídicamente como ONG. Los representantes indígenas han abogado junto a la ONU por una revisión de esta norma para adaptarse mejor a sus instituciones, sin éxito hasta ahora. Otros obstáculos pertinentes para la participación de los pueblos indígenas de América Latina en el contexto internacional se refieren a las limitaciones geográficas, las barreras lingüísticas y la marginación social.

En la práctica internacional, una de las pocas organizaciones con estatus de observador asociado a los pueblos indígenas es el Fondo para el Desarrollo de los Pueblos Indígenas de América Latina y el Caribe (FILAC)⁵⁵. A partir de octubre de 2024, la presidencia de FILAC la ostenta Sônia Guajajara, una mujer indígena de Brasil que es ministra de Pueblos Indígenas. Las vicepresidentas de FILAC son Myrna Cunningham, eminente activista indígena de Nicaragua, y Laura Oroz, representante estatal de España. La composición actual de la junta directiva refleja la característica distintiva de FILAC, a saber, la participación de representantes indígenas en los procesos de toma de decisiones, supeditada a la acreditación requerida por parte del gobierno y a las consultas con las organizaciones indígenas (artículos 3.2 y 3.3 del Acuerdo de FILAC). Sin embargo, hay que destacar que solo los Estados pueden ser miembros permanentes de FILAC (artículo 2.1 del Acuerdo de FILAC). Otra ilustración de los desafíos contemporáneos asociados con los movimientos indígenas

55 Resolution 72/128 – Observer status for the Fund for the Development of the Indigenous Peoples of Latin America and the Caribbean in the General Assembly, Organización de las Naciones Unidas, Asamblea General, A/RES/72/128, de 18 de diciembre de 2017.

es su participación en la AGEA. Pueblos originarios están registrados como invitados especiales u organizaciones de la sociedad civil⁵⁶. Este último estatus es considerado inadecuado por los líderes indígenas, que exigen una participación igualitaria con los Estados⁵⁷. En 2024, 17 organizaciones y representantes de pueblos indígenas y afrodescendientes fueron invitados a asistir a la AGEA, 15 de ellos de América Latina⁵⁸. A pesar de los obstáculos mencionados, hay un aumento notable en la presencia y visibilidad de los movimientos indígenas en varios foros internacionales.

6. Conclusión

A partir de una perspectiva interdisciplinar, este análisis lleva a entender a los pueblos indígenas como actores globales que participan en la legislación y la formulación de políticas, en la medida en que se relacionan con los intereses indígenas, pese a la falta de plena personalidad jurídica internacional. En otros términos, los pueblos indígenas tienen efectivamente subjetividad jurídica internacional. Lejos de ser una investigación solamente teórica, este argumento fue ejemplificado con datos empíricos actuales que demuestran la participación activa de las organizaciones indígenas en la AGNU y en la AGEA, a pesar de la falta de adecuación institucional. Si bien los movimientos indígenas aún encuentran obstáculos para su participación en el plano internacional debido a las reglas organizacionales de la ONU y la OEA, que también se ha destacado aquí, el camino a seguir ya está abierto a través de un proceso híbrido de carácter jurídico y político.

Para llegar a esta conclusión, fue fundamental analizar el estatus internacional original de los pueblos indígenas. Si bien se trata de un debate clásico en el DI con sus raíces en la doctrina de Francisco de Victoria, observamos que las investigaciones realizadas hasta entonces estaban en gran medida divorciadas del contexto latinoamericano y no consideraban explícitamente el giro ontológico de la historia del derecho a partir de autores como Anthony Anghie y Martti Koskenniemi. De manera innovadora, este análisis ha abordado estas brechas e incluido en el examen crítico tanto el papel de los tratados entre Estados y pueblos indígenas en relación con demandas actuales de DD. HH., como la doctrina y la práctica del derecho colonial. Por lo tanto, esta investigación ha contribuido al avance del conocimiento sobre la subjetividad y el estatus de los pueblos indígenas en América Latina. Por ello, este trabajo puede servir de referencia para futuras investigaciones en este importante campo.

56 Organización de los Estados Americanos (2010), p. 5.

57 A este respecto, véase la declaración del presidente del Consejo Americano de Pueblos Indígenas: [<https://indianlaw.org/adrip/Statement-of-the-Indigenous-Nations-and-Organizations-Coalition-to-the-Organization-of-American-States%27-52nd-General-Assembly>]. [Fecha de consulta: 27 de diciembre de 2024].

58 Invitaciones a las Organizaciones de la sociedad civil, los trabajadores, el sector privado y otros actores sociales al quincuagésimo cuarto periodo ordinario de sesiones de la Asamblea General, Organización de los Estados Americanos, Consejo Permanente, OEA/Sr. G. CP/RES. 1256 (2499/24), de 15 de mayo de 2024.

Finalmente, el artículo demuestra que la resistencia indígena ha constituido un elemento fundamental detrás del desarrollo de los derechos de los pueblos indígenas, incluso en el contexto del derecho colonial. A nivel nacional e internacional, la participación política de los pueblos indígenas en las esferas contemporáneas de poder demuestra que su articulación está entrelazada con las batallas históricas interétnicas. Existe una conexión intrínseca entre el pasado, el presente y el futuro en el ámbito normativo que se refleja en las poderosas palabras de los líderes indígenas: “El futuro es ancestral”. *De facto*, el futuro de los derechos de los pueblos indígenas está inextricablemente entrelazado con sus raíces ancestrales y para entenderlos es fundamental una comprensión holística del DI como la desarrollada en esta investigación.

Bibliografía citada

- Alfinito, Ana Carolina y Eloy Terena, Luiz (2021): “O direito que transborda os tribunais: advocacia indígena, território e pandemia”, en *Plataforma de Antropologia e Respostas Indígenas à COVID-19* (Vol. 1, N.º 10), pp. 1-7.
- Alfredsson, Gudmundur (2022): “Indigenous Peoples, Treaties With”, en A. P. y H. R.-F., *Max Planck Encyclopedia of Public International Law* (Oxford, Oxford University Press) párrafos 1-8.
- Anaya, S. James (2004): *Indigenous Peoples in International Law* (Oxford, Oxford University Press).
- Anghie, Antony (2006): “The Evolution of International Law: Colonial and Postcolonial Realities”, en *Third World Quarterly* (Vol. 27, N.º 5), pp. 739-753.
- Barelli, Mauro (2016): *Seeking Justice in International Law: The Significance and Implications of the UN Declaration on the Rights of Indigenous Peoples* (London; New York, Routledge).
- Briones, Claudia y Carrasco, Morita (2000): *Pacta Sunt Servanda: Capitulaciones, convenios y tratados con indígenas en Pampa y Patagonia* (Buenos Aires, International Working Group for Indigenous Affairs).
- Brownlie, Ian (1992): *Treaties and Indigenous Peoples* (Oxford, Clarendon Press).
- Bunge, Kirstin (2017): “A Redesign of Global Order on the Threshold of the Middle Ages to Modern Times”, en S. K., T. K. y D. R.-I., *System, Order, and International Law* (Oxford, Oxford University Press) pp. 38-55.
- Clavero, Bartolomé (2005): “Treaties with Indigenous Peoples or Constitutions for States: A predicament

of the Americas”, en R. P. y otros, *Law & Anthropology – International Yearbook for Legal Anthropology: Indigenous Peoples, Constitutional States and Treaties or Other Constructive Arrangements Between Indigenous Peoples and States – International Yearbook for Legal Anthropology* (Leiden; Boston, Brill) pp. 1-16.

Corntassel, Jeff (2007): “Partnership in Action? Indigenous Political Mobilization and Co-optation During the First UN Indigenous Decade (1995-2004)”, en *Human Rights Quarterly* (Vol. 29, N.º 1), pp. 137-166.

Corntassel, Jeff y Hopkins Primeau, Tomas (1995): “Indigenous ‘Sovereignty’ and International Law: Revised Strategies for Pursuing ‘Self-Determination’”, en *Human Rights Quarterly* (Vol. 17, N.º 2), pp. 343-365.

Crawford, James (2019): *Brownlie’s Principles of Public International Law* (Oxford, Oxford University Press).

Crawford, James (2006): *The Creation of States in International Law* (Oxford, Oxford University Press).

Cunha, Manuela Carneiro da (2018): “Terra Indígena: História da doutrina e legislação”, en M. C. C. y S. B., *Direitos indígenas em disputa* (São Paulo, UNESP) pp. 359-405.

Dussel, Enrique (2005): “Origen de la filosofía política moderna: Las Casas, Vitoria y Suárez (1514-1617)”, en *Caribbean Studies* (Vol. 33, N.º 2), pp. 35-80.

Duve, Thomas (2013): “Treaty of Tordesillas”, en A. P. y H. R.-F., *Max Planck Encyclopedias of Public International Law* (Oxford, Oxford University Press) párrafos 1-22.

Ferreira, André Luís (2021): *Injustos cativéis: os índios no Tribunal da Junta das Missões do Maranhão* (Belo Horizonte, Caravana).

Gilbert, Jérémie (2006): *Indigenous Peoples’ Land Rights under International Law: From Victims to Actors* (Ardsey, Transnational Publishers).

Göcke, Katja (2010): “Völkerrechtssubjektivität indigener Völker: Historische Grundlage und neue Tendenzen in der völkerrechtlichen Praxis”, en J. B. y otros, *Akteure in Krieg und Frieden. Jus internationale et Europaeum* (Tübingen, Mohr Siebeck) pp. 167-183.

Gutierrez Vega, Pablo (2004): “The Municipalization of the Legal Status of Indigenous Nations by Modern (European) International Law”, en R. P. y otros, *Law & Anthropology – International Yearbook for Legal Anthropology: Indigenous Peoples, Constitutional States and Treaties or Other Constructive Arrangements Between Indigenous Peoples and States – International Yearbook for Legal Anthropology* (Leiden; Boston, Brill) pp. 17-54.

- Kingsbury, Benedict (2001): "Reconciling Five Competing Conceptual Structures of Indigenous Peoples' Claims in International and Comparative Law", en *New York University Journal of International Law and Politics* (N.º 34), pp. 189-250.
- Koskenniemi, Martti (2014): "Vitoria and Us: Thoughts on Critical Histories of International Law", en *Rechtsgeschichte - Legal History* (N.º 22), pp. 119-138.
- Kunig, Philip (2006): "United Nations Charter, Interpretation of", en A. P. y H. R.-F., *Max Planck Encyclopedias of Public International Law* (Oxford, Oxford University Press) párrafos 1-8.
- Levaggi, Abelardo (2000): *Paz en la frontera: historia de las relaciones diplomáticas con las comunidades indígenas en la Argentina (siglos XVI-XIX)* (Buenos Aires, Universidad del Museo Social Argentino).
- Levaggi, Aberlardo (1993): "Los tratados entre la Corona y los indios, y el plan de conquista pacífica", en *Revista Complutense de Historia de América* (Vol. 19), pp. 81-91.
- Lightfoot, Sheryl R. (2021): "Decolonizing Self-Determination: Haudenosaunee Passports and Negotiated Sovereignty", en *European Journal of International Relations* (Vol. 27., N.º 4), pp. 971-994.
- Lixinski, Lucas (2022): "Regional Indigenous rights and the (dis)contents of translation: a view from Latin America", en D. N., *Research Handbook on the International Law of Indigenous Rights* (Cheltenham; Northampton, Edward Elgar Publishing) pp. 12-26.
- Macedo, Paulo Emílio Vauthier Borges de (2012): "O mito de Francisco de Vitória: defensor dos direitos dos índios ou patriota espanhol?", en *Revista de Direito Internacional* (Vol. 9, N.º 1), pp. 1-13.
- Mahler, Anne Garland (2017): "Global South", en O'B.E., *Oxford Bibliographies-Literary and Critical Theory* (Oxford, Oxford University Press) pp. 1-20.
- Marks, G. C. (1990): "Indigenous Peoples in International Law: The Significance of Francisco de Vitoria and Bartolome de las Casas", en *Australian Yearbook of International Law* (Vol. 13) pp. 1-52.
- Meijknecht, Anna (2001): *Towards International Personality: The Position of Minorities and Indigenous Peoples in International Law* (Antwerpen; Groningen, Oxford/Intersentia).
- Mello, Marcia Eliane Alves de Souza e (2005): "Desvendando outras Franciscas: Mulheres cativas e as ações de liberdade na Amazônia colonial portuguesa", en *Portuguese Studies Review* (Vol. 13, N.º 1), pp. 1-16.

- Mendes Junior, João (2018): “Os indígenas do Brasil, seus direitos individuais e políticos”, en M. C. C. y S. B., *Direitos indígenas em disputa* (São Paulo, UNESP) pp. 407-464.
- Merlan, Francesca (2009): “Indigeneity: Global and Local”, en *Current Anthropology* (Vol. 50, N.º 3), pp. 303-333.
- Monteiro de Matos, Mariana (2021): *Indigenous Land Rights in the Inter-American System: Substantive and Procedural law* (Leiden; Boston, Brill Nijhoff).
- Néspolo, Eugenia A. (2004): “Vista de Los tratados escritos con las sociedades indígenas en los bordes del río Salado durante el siglo XVIII, un análisis desde el derecho de gentes”, en *Memoria Americana* (Vol. 12), pp. 237-276.
- Niezen, Ronald (2003): *The Origins of Indigenism: Human Rights and the Politics of Identity* (Berkeley; Los Angeles; London, University of California Press).
- Organización de los Estados Americanos (2010): “La participación de los pueblos indígenas en el Sistema Interamericano: Mecanismos existentes y nuevas herramientas propuestas”. [Disponible en: https://www.oas.org/dil/esp/indigenas_publicaciones_participacion_sistema_interamericano.pdf]. [Fecha de consulta: 29 de diciembre de 2024].
- Pelegrino, Alexandre (2022): “From Slaves to Índios: Empire, Slavery, and Race (Maranhão, Brazil, c.1740-90)”, en *Law and History Review* (Vol. 40, N.º 4), pp. 789-815.
- Peters, Anne (2018): “Treaties, Unequal”, en A. P. y H. R.-F., *Max Planck Encyclopedias of Public International Law* (Oxford, Oxford University Press) párrafos 1-22.
- Quijano, Aníbal (2005): “The challenge of the ‘indigenous movement’ in Latin America”, en *Socialism and Democracy* (Vol. 19, N.º 3), pp. 55-78.
- Rangel, Jesús Antonio de la Torre (2022): *El uso alternativo del Derecho por Bartolomé de las Casas* (Aguascalientes, Universidad Autónoma de Aguascalientes).
- Rodríguez-Piñero, Luiz (2004): “La OIT y los pueblos indígenas en el derecho internacional”, en *TRACE*, pp. 59-81.
- Shelton, Dinah (2020): “The Rights of Indigenous Peoples: Everything Old Is New Again”, en A. A., K. D. y M. S., *The Cambridge Handbook of New Human Rights* (Cambridge, Cambridge University Press) pp.

217-232.

Silva Júnior, Airton Ribeiro da (2018): “Representações dos Povos Indígenas em Francisco de Vitória e as Origens Etnocêntricas do Direito Internacional Moderno”, en *Sequência* (Vol. 80), pp. 151-178.

Stavenhagen, Rodolfo (2013): “Indigenous Peoples and the State in Latin America: An Ongoing Debate (2000)”, en R. S., *Pioneer on Indigenous Rights* (Berlin; Heidelberg, Springer) pp. 107-122.

Schulte-Tenckhoff, Isabelle: “Reassessing the Paradigm of Domestication: The Problematic of Indigenous Treaties”, en *Review of Constitutional Studies* (Vol. 4), pp. 239-289.

Sweet, David G. (1981): “Francisca: Indian Slave”, en D. G. S. y G. B. N., *Struggle and Survival in Colonial America* (Berkeley; Los Angeles; London, University of California Press) pp. 274-297.

Thornberry, Patrick (2002): *Indigenous Peoples and Human Rights* (New York; Manchester, Manchester University Press).

Toro Utillano, Luis (2015): “La Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas”, en C. J. I., *Curso de Derecho Internacional* (Río de Janeiro, Organización de los Estados Americanos).

Trinchero, Héctor H.; Campos Muñoz, Luis y Valverde, Sebastián (2014): *Pueblos indígenas, Estados nacionales y fronteras: tensiones y paradojas de los procesos de transición contemporáneos en América Latina* (Buenos Aires, Editorial de la Facultad de Filosofía y Letras de Buenos Aires).

Vitoria, Francisco de (1917): *De Indis et De ivre belli relectiones* (Washington, D. C., The Carnegie Institution of Washington).

Walter, Christian (2007): “Subjects of International Law”, en A. P. y H. R.-F., *Max Planck Encyclopedias of Public International Law* (Oxford, Oxford University Press) párrafos 1-31.

Wiessner, Siegfried (2018): “El Estado y los pueblos indígenas: la importancia histórica de la resolución No. 5/2012 de la ILA (Asociación de Derecho Internacional)”, en *Ars Iuris* (Vol. 1, N.º 51), pp. 209-228.

Wiessner, Siegfried (2008): “Indigenous Sovereignty: A Reassessment in the Light of the UN Declaration on the Rights of Indigenous Peoples”, en *Vanderbilt Journal of Transnational Law* (Vol. 41, N.º 4), pp. 1141-1176.

Wolkmer, Antônio Carlos (2012): “Una visión crítica de la cultura jurídica en América Latina”, en *Revista*

el Foro (Vol. 12), pp. 13-19.

Normas jurídicas citadas

Tratado de Tordesillas, de 7 de junio de 1494.

Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, de 26 de junio de 1945. Entrada en vigor el 24 de octubre de 1945.

Carta de las Naciones Unidas, de 26 de junio de 1945. Entrada en vigor el 24 de octubre de 1945.

Convención Americana de Derechos Humanos, de 22 de noviembre de 1969. Entrada en vigor el 18 de julio de 1978.

Convenio de la Organización Internacional del Trabajo N.º 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales, de 27 de junio de 1989. Entrada en vigor el 5 de septiembre de 1991.

Multilateral Agreement establishing the Fund for the Development of the Indigenous Peoples of Latin America and the Caribbean, de 24 de julio de 1992. Entrada en vigor el 8 de abril de 1993.

Study on treaties, agreements and other constructive arrangements between States and indigenous populations: Final report by Miguel Alfonso Martínez, Special Rapporteur, E/CN.4/Sub.2/199/20, de 22 de junio de 1999.

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

Ways and means of promoting participation at the United Nations of indigenous peoples' representatives on issues affecting them, Organización de las Naciones Unidas, Asamblea General, A/HRC/21/24, de 2 de julio de 2012.

Resolution No. 5/2012 – Rights of Indigenous Peoples, International Law Association, de 26-30 de agosto de 2012.

Resolution No. 69/2 – Outcome document of the high-level plenary meeting of the General Assembly known as the World Conference on Indigenous Peoples, Organización de las Naciones Unidas, Asamblea General, A/RES/69/2 2014, de 22 de septiembre de 2014.

Declaración Americana de los Derechos de los Pueblos Indígenas, Organización de los Estados Americanos, AG/RES 2888 (XLVI-O/16), de 15 de junio de 2016.

Resolution 72/128 – Observer status for the Fund for the Development of the Indigenous Peoples of Latin America and the Caribbean in the General Assembly, Organización de las Naciones Unidas, Asamblea General, A/RES/72/128, de 18 de diciembre de 2017.

Invitaciones a las Organizaciones de la sociedad civil, los trabajadores, el sector privado y otros actores sociales al quincuagésimo cuarto periodo ordinario de sesiones de la Asamblea General, Organización de los Estados Americanos, Consejo Permanente, OEA/Sr. G. CP/RES. 1256 (2499/24), de 15 de mayo de 2024.

Stocktaking report compiling existing procedures on the participation of Indigenous Peoples at the United Nations, highlighting existing gaps and good practices. Report of the Office of the United Nations High Commissioner for Human Rights, Organización de las Naciones Unidas, Asamblea General, A/HRC/57/35, de 31 de julio de 2024.

Jurisprudencia citada

Corte Permanente de Justicia Internacional: *Legal Status of Eastern Greenland*, Advisory Opinion, Series A/B No. 53, de 5 de abril de 1933.

Corte Internacional de Justicia: *Western Sahara*, Advisory Opinion, ICJ Reports 1975 p. 12, de 16 de octubre de 1975.

Corte Interamericana de Derechos Humanos: *Norín Catrimán y otros (Dirigentes, Miembros y Activista del Pueblo Indígena Mapuche) vs. Chile*. (Fondo, Reparaciones y Costas). Serie C N.º 279, de 29 de mayo de 2014

Corte Interamericana de Derechos Humanos: *Caso Kuna de Madugandí y Emberá de Bayano y sus miembros vs. Panamá*. (Excepciones preliminares, Fondo, Reparaciones y Costos). Serie C N.º 284, de 14 de octubre de 2014.

Corte Interamericana de Derechos Humanos: *Caso Pueblo Indígena Xucuru y sus miembros vs. Brasil*, Alegatos finales escritos presentados por los representantes de las víctimas, 24 de abril de 2017.

Corte Interamericana de Derechos Humanos: *Opinión Consultiva 23/17 – Medio Ambiente y Derechos Humanos*. Opinión Consultiva. Serie A N.º 23, de 15 de noviembre de 2017.

Comisión Interamericana de Derechos Humanos: *Derecho a la libre determinación de los Pueblos Indígenas y Tribales*. OEA/Ser.L/V/II, 28 de diciembre de 2021.

Comisión Interamericana de Derechos Humanos: *Pueblo Rapa Nui (Chile)*, Informe N.º 150/21, Petición 172-15, OEA/Ser.L/V/II Doc. 158, 14 de julio de 2021.

Corte Interamericana de Derechos Humanos: *Caso Comunidad Indígena Maya Q'Eqchi Agua Caliente vs. Guatemala*. (Fondo, Reparaciones y Costas). Serie C N.º 488, de 16 de mayo de 2023.

Corte Interamericana de Derechos Humanos: *Caso Huilcamán Paillama y otros vs. Chile*. Fondo, Reparaciones y Costas. Serie C N.º 527, de 18 de junio de 2024.