

# ¿A favor o en contra de los derechos culturales?



LOS DERECHOS HUMANOS EN PERSPECTIVA

**¿A FAVOR O EN CONTRA DE LOS DERECHOS CULTURALES?**

# ¿A FAVOR O EN CONTRA DE LOS DERECHOS CULTURALES?

COMPILACIÓN DE ENSAYOS  
EN CONMEMORACIÓN DEL CINCUENTENARIO  
DE LA DECLARACIÓN UNIVERSAL  
DE DERECHOS HUMANOS

Bajo la dirección de Halina Nieć

LOS DERECHOS HUMANOS EN PERSPECTIVA

Libros Tauro

# ÍNDICE

Prefacio	7
Lista de siglas	9
Autores	11
Introducción	13
<b>DERECHOS CULTURALES: EL PUNTO DE VISTA DE LAS CIENCIAS SOCIALES</b>	<b>19</b>
<i>Rodolfo Stavenhagen</i>	
<b>SOBRE LA LIBERTAD DEL AUTOR Y DEL ARTISTA</b>	<b>49</b>
<i>Emmanuel Decaux</i>	
<b>¿PUEDEN LOS DERECHOS CULTURALES PROTEGER LOS CONOCIMIENTOS CULTURALES TRADICIONALES Y LA DIVERSIDAD BIOLÓGICA?</b>	<b>77</b>
<i>Darrell Addison Posey</i>	
<b>EL RESPETO DE LOS DERECHOS CULTURALES INDÍGENAS: EL CASO DE AUSTRALIA</b>	<b>99</b>
<i>Elizabeth Evatt</i>	
<b>DERECHOS CULTURALES, DIVERSIDAD BIOLÓGICA Y PATRIMONIO DE LAS TRIBUS INDIAS DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA</b>	<b>137</b>
<i>Dean B. Suagee</i>	

<b>EL DERECHO A UN PASADO CULTURAL: PUNTOS DE VISTA AFRICANOS</b>	<b>171</b>
<i>Folarin Shyllon</i>	
<b>DERECHOS LINGÜÍSTICOS EN LA INDIA</b>	<b>195</b>
<i>Vrajendra Raj Mehta</i>	
<b>CONCEPCIONES DE LOS DERECHOS CULTURALES EN LA REPÚBLICA POPULAR DE CHINA</b>	<b>211</b>
<i>Alice Erb-Soon Tay</i>	
<b>LA UNESCO Y LOS DERECHOS CULTURALES</b>	<b>235</b>
<i>Kishore Singh</i>	
<b>ENTENDERSE ACERCA DE LOS DERECHOS CULTURALES</b>	<b>257</b>
<i>Lyndel Prott</i>	
<b>SENTAR LAS BASES PARA LA REALIZACIÓN DE LOS DERECHOS CULTURALES</b>	<b>279</b>
<i>Halina Nieć</i>	
Apéndice A: Proyecto de Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas	299
Apéndice B: Principios y directrices para la protección del patrimonio de los pueblos indígenas	311
Apéndice C: Proyecto de Declaración sobre los Derechos Culturales	319
Bibliografía seleccionada	323

## PREFACIO

De las numerosas cuestiones que se plantearon con motivo del cincuentenario de la Declaración Universal de Derechos Humanos, pocas revisten tanta importancia como la de determinar la manera idónea de promover la diversidad cultural y la tolerancia cívica. Aprender a vivir con los demás disfrutando de las diferencias creativas del prójimo, y no lo contrario, constituye el principal desafío del siglo XXI, al que lamentablemente muy pocas veces el siglo XX supo responder.

En *Nuestra diversidad creativa*, el informe de la Comisión Mundial de Cultura y Desarrollo presidida por Javier Pérez de Cuéllar, se afirmó que para promover este tipo de actitudes es importante que los derechos culturales se fomenten y ejerciten de manera adecuada.

Ello nos conduce de nuevo a uno de los temas preferidos de la UNESCO desde el momento de su creación. En *Freedom and culture*, una de las primeras publicaciones de la Organización, el primer director general declaraba lo siguiente:

El ser humano sólo es concebible como miembro de un grupo, ya que en una situación de aislamiento total no podría desarrollar ninguna de sus características específicamente humanas. Las características de los individuos y las sociedades están condicionadas en gran medida por la naturaleza de las relaciones que existen entre ellos.

La UNESCO sigue aportando toda su autoridad y sus competencias en defensa de esta filosofía. El respeto de los derechos culturales es esencial si queremos instaurar una cultura de paz.

Esta recopilación de ensayos de representantes de distintas culturas revela una gran diversidad de actitudes con respecto a los derechos culturales en el mundo contemporáneo. Y así es como tiene que ser, pues la solución ideal para ilustrar otras posibilidades de mejorar el conocimiento y la protección de los derechos culturales consiste, sin duda, en estudiar nuevas maneras de abordar viejos problemas y, por tanto, en volver a definirlos.





## LISTA DE SIGLAS

AAA	American Association of Anthropologists
AC	Appeal Cases (Inglaterra y Gales)
ADPIC	Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio
AFP	Agence France Presse
AGPS	Australian Government Printing Service
AIADMK	All India Anna Dravida Munnetra Kazhagam
AIATSIS	Australian Institute of Aboriginal and Torres Strait Islander Studies
AIR	All India Reporter
ALB	Aboriginal Law Bulletin
ALJ	Australian Law Journal
ALJR	Australian Law Journal Reports
ALLER	All England Reports (Inglaterra y Gales)
ALR	Australian Law Reports
ALRC	Australian Law Reform Commission
ASEAN	Asociación de Naciones de Asia Sudoriental
ATSIC	Aboriginal and Torres Strait Islander Commission
BJP	Bharatiya Janata Party
CDCC	Consejo de la Cooperación Cultural
CIJ	Comisión Internacional de Juristas
CLR	Commonwealth Law Reports
CNUMAD	Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo
CSCE	Conferencia sobre la Seguridad y la Cooperación en Europa (ahora OSCE)
FCR	Federal Court Reports
Fed. Reg.	Federal Register
ILM	International Legal Materials
KMT	Gobierno del Kuomintang
LGDJ	Librairie Générale de Droit et Jurisprudence

NHPA	National Historic Preservation Act
NSW	New South Wales (Nueva Gales del Sur) (Australia)
NT	Northern Territory (Territorio del Norte) (Australia)
NTA	Native Title Act (Australia)
NWLR	North Western Law Review
OEA	Organización de Estados Americanos
ODIHR	Oficina de Instituciones Democráticas y Derechos Humanos
OIT	Organización Internacional del Trabajo
OMC/GATT	Organización Mundial del Comercio/Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio
OMPI	Organización Mundial de la Propiedad Intelectual
OSCE	Organización para la Seguridad y la Cooperación en Europa
OUA	Organización de la Unidad Africana
PCC	Partido Comunista Chino
PCRC	Pacific Concerns Resource Centre
PEA	Plan de Escuelas Asociadas
PEN	Asociación Mundial de Escritores, Editores y Traductores
PNB	Producto nacional bruto
PNUD	Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo
PNUMA	Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente
SA	South Australia (Australia Meridional)
SAARC	Asociación de Cooperación Regional de Asia Meridional
SMH	Sydney Morning Herald
TEK	Traditional Ecological Knowledge (conocimientos ecológicos tradicionales)
UE	Unión Europea
UICN	Unión Mundial para la Naturaleza
UNCTAD	Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo
UNESCO	Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura
UNIDROIT	Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado
UNRISD	Instituto de Investigaciones de las Naciones Unidas para el Desarrollo Social
UNSW	University of New South Wales
UNTS	United Nations Treaty Series
WGTRR	Working Group on Traditional Resource Rights
WLR	Weekly Law Reports (Inglaterra y Gales)
WWF	Fondo Mundial para la Naturaleza

## AUTORES

**Emmanuel Decaux** dirige actualmente el Centro de Derecho Internacional de la Universidad de París X Nanterre y es miembro de la Comisión Consultiva Nacional de Derechos Humanos de Francia. Es autor de numerosos artículos y publicaciones sobre diversos aspectos del derecho internacional.

**Elizabeth Evatt** es profesora visitante honoraria en la Facultad de Derecho de la Universidad de Nueva Gales del Sur (Australia) y miembro del Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas y de la Comisión Australiana de Derechos Humanos e Igualdad de Oportunidades; fue presidenta del Tribunal de Derecho de Familia de Australia.

**Vrajendra Raj Mehta** es vicerrector de la Universidad de Delhi y fue profesor de ciencias políticas en la Universidad de Rajastán. Eminente politólogo, ha recibido numerosos galardones nacionales e internacionales. Ha escrito mucho sobre diversos aspectos del derecho internacional.

**Halina Nieć** es profesora adjunta de derecho en la Universidad Jagellónica (Cracovia), donde también dirige el servicio de asistencia jurídica en materia de derecho humanitario, que presta apoyo jurídico gratuito a los refugiados y solicitantes de asilo en Polonia. Asimismo, es especialista en la Convención para la Protección de los Bienes Culturales en caso de Conflicto Armado (Convención de La Haya) de 1954.

**Darrell Addison Posey** es coordinador del programa sobre derechos a los recursos tradicionales del Oxford Centre for the Environment, Ethics and Society del Mansfield College, Universidad de Oxford, y ha recibido el premio de las Naciones Unidas "Global 500".

**Lyndel Prott** es experta en la protección jurídica del patrimonio cultural. Fue profesora de derecho del patrimonio cultural en la Universidad de Sydney y actualmente es jefa de la Sección de Normas Internacionales del Sector de Cultura de la UNESCO. Además, ha escrito profusamente sobre el derecho comparado y la filosofía del derecho.

**Folarin Shyllon** es profesor de derecho y ex decano de la Facultad de Derecho de la Universidad de Ibadán, Nigeria. Ha escrito numerosos libros e informes sobre el derecho constitucional, la legislación sobre derechos humanos y el derecho en materia de patrimonio cultural y de propiedad intelectual.

**Kishore Singh** es especialista del programa Cultura de Paz de la UNESCO. Ha trabajado en el Centro de Desarrollo de la OCDE y durante muchos años fue consultor del PNUD.

**Rodolfo Stavenhagen** es profesor investigador en el Colegio de México, Ciudad de México. Fue subdirector general de Ciencias Sociales y Humanas en la UNESCO y ha escrito numerosas publicaciones sobre los derechos indígenas, los conflictos étnicos, los problemas agrarios y el desarrollo social.

**Dean Suagee** es asesor jurídico de los gobiernos y organizaciones tribales de los indios americanos y los indígenas de Alaska y se especializa en derecho del medio ambiente. Miembro de la nación cherokee, es vicepresidente del Native American Resources Committee.

**Alice Erh-Soon Tay** es presidenta de la Comisión Australiana de Derechos Humanos y fue titular de la cátedra Challis de jurisprudencia de la Universidad de Sydney. Ha escrito mucho sobre jurisprudencia y ha dirigido la publicación de varias obras sobre los derechos humanos.

## INTRODUCCIÓN

Teniendo presente la importancia de las numerosas celebraciones que se organizaron en todo el mundo con motivo del cincuentenario de la Declaración Universal de Derechos Humanos, el Sector de Cultura de la UNESCO consideró especialmente apropiado conmemorar la Declaración, por tratarse del primer documento internacional que proclamó los derechos culturales de los seres humanos. El informe de la Comisión Mundial de Cultura y Desarrollo (1995), titulado *Nuestra diversidad creativa*, invitó a los especialistas en derechos humanos, ciencias jurídicas y otras ciencias sociales a que presentaran sus puntos de vista sobre el reconocimiento y la aplicación de los derechos culturales en el mundo contemporáneo. Dado el ritmo creciente de la mundialización, cuando se decide examinar los derechos culturales en un contexto artístico, ecológico o sociológico, resulta evidente que el respeto mutuo y el entendimiento de otras culturas son cada vez más necesarios. La cultura es un elemento intrínseco de todo grupo o individuo. Por tanto, las cuestiones relativas a los derechos colectivos o de grupo siguen constituyendo una prioridad del derecho y la política internacionales cuando se estudian los derechos culturales.

La compiladora del presente libro preparó la lista de autores con la intención de reunir a representantes de los ámbitos jurídico y académico de distintas culturas del mundo. Como es lógico, para llevar a buen fin esta compilación, era esencial que los autores se comunicaran sus ideas y enfoques directamente, no sólo para asimilar la información sino, sobre todo, para entender los conceptos de los demás. Por consiguiente, la División del Patrimonio Cultural de la UNESCO organizó una videoconferencia sobre los derechos culturales a fin de que los autores se conocieran, discutieran sobre sus distintos enfoques y debatieran cuestiones de interés común. Al hablar simultáneamente desde nueve puntos diferentes del mundo, los autores descubrieron conceptos e ideas que utilizaron cuando guardaban relación con su tema respectivo. Aunque la interacción personal y directa es sin duda el medio de comunicación más

enriquecedor, este encuentro facilitado por la tecnología tuvo, no obstante, un éxito muy apreciable.

En su estudio, Rodolfo Stavenhagen empieza abordando la cuestión fundamental del universalismo y el relativismo cultural desde la óptica de las ciencias sociales. Opina que el relativismo cultural no se debe rechazar y que la coexistencia de ambos conceptos es realmente posible. Esencialmente, Stavenhagen sostiene que el relativismo no obstaculiza la aplicación adecuada de una norma común sobre los derechos culturales internacionales. A su juicio, lo fundamental es determinar la manera en que se han de definir los objetivos de las políticas culturales, y tiene presente en todo momento que los derechos del individuo deben promoverse junto con los derechos colectivos de los grupos.

Aunque admite que los derechos de grupo son sumamente importantes, Emmanuel Decaux invita al lector a centrarse en el artista, un individuo excepcional que, por su naturaleza, debe gozar de derechos específicos que garanticen la libertad de expresión. El planteamiento del autor se basa en la afirmación de que el derecho que aplica el Tribunal Europeo de Derechos Humanos presenta dificultades intrínsecas a la hora de encontrar un equilibrio entre la libertad del artista y las limitaciones necesarias en un país democrático. Asimismo, señala la necesidad de proteger al artista de todos los tipos de persecución y cita los procesos de escritores como Jorge Valls Arango, Chalamov, Havel y Koestler, por nombrar algunos.

Darrell Posey abre el debate sobre la salvaguardia de las culturas autóctonas adoptando el punto de vista de los pueblos indígenas. Trata de demostrar que es imposible aplicar el derecho occidental en materia de propiedad intelectual a la propiedad colectiva de conocimientos tradicionales y recursos comunitarios de muchas culturas indígenas e ilustra la cuestión con el cuento “El niño inteligente y el escarabajo de Navidad” para demostrar que es necesario un discurso de reciprocidad.

Al igual que Darrell Posey, Elizabeth Evatt propugna un enfoque *sui generis* de la protección y la observancia de los derechos culturales indígenas. Lo que es más importante, demuestra que Australia ha procurado cumplir los requisitos de las normas internacionales por lo que atañe a los pueblos indígenas formulando comentarios sobre instrumentos legislativos, como la Ley Federal de Derechos Indígenas, y citando jurisprudencia australiana en relación con estos asuntos.

Dean Suagee también se centra en las normas nacionales en contraposición a las internacionales en relación con los pueblos indígenas y presenta los principios básicos del derecho y de las políticas federales aplicables a los indígenas de Estados Unidos afirmando que, aunque la política estadounidense tenga lagunas en determinados aspectos, otros países podrían sacar partido de un sistema similar. Además, trata de determinar si un análisis de los derechos culturales se podría aplicar o no a las tribus

indias de ese país y si esos derechos podrían servir para promover el respeto de la cultura indígena y la preservación de la biodiversidad, posición que Posey apoya plenamente.

A fin de poner de relieve el enfoque *sui generis* en un ámbito continental, Folarin Shyllon estudia conceptos comunitarios africanos del derecho sobre la tierra y el arte ancestral. La importancia que asigna a estos conceptos es fundamental para justificar la necesidad de fortalecer la legitimidad de los derechos culturales en los instrumentos internacionales. Shyllon alega luego que el derecho al patrimonio cultural se ha negado a los africanos, puesto que objetos de enorme significación cultural se encuentran en posesión de países extranjeros.

Vrajendra Raj Mehta presenta un sistema federal fundado firmemente en la necesidad de tolerar la diversidad multicultural de lenguas, creencias y estilos de vida tal como garantizan las disposiciones de la Constitución de la India. Trata de distinguir algunos de los factores de esta experiencia que podrían resultar útiles para fomentar el desarrollo internacional de los derechos culturales.

Alice Tay estudia las obras de especialistas en derechos culturales de China. En el contexto del confucianismo, el comunismo y el elitismo de la dinastía han, presenta los orígenes de la ideología oficial típica de la posición china que consiste en conceder una mayor importancia a los derechos económicos, sociales y culturales por considerar que la protección de los derechos civiles y políticos se obtuvo gracias a la revolución. Asimismo, relaciona la política cultural con el reconocimiento del derecho consuetudinario y cita a especialistas chinos que actualmente propugnan una armonía entre la universalidad y la necesidad de elaborar normas nacionales específicas.

Pasando a cuestiones generales, Kishore Singh sitúa el papel de la UNESCO en un contexto más amplio recordando los instrumentos normativos que revisten importancia para los derechos culturales y la función desempeñada por la Organización en su formulación, además de las actividades de promoción realizadas por ella en relación con esos instrumentos. Asimismo, describe algunas de las actividades del programa concebidas para fortalecer la diversidad cultural.

Por lo que atañe al carácter dinámico de los derechos culturales, Lyndel Prott se refiere a la distinción entre los derechos que ya están definidos en dichos instrumentos y aquellos que, en el peor de los casos, ni siquiera han sido promulgados. Además, da una idea de los distintos niveles de análisis que se han de tener en cuenta a la hora de considerar y aplicar las políticas culturales. Si queremos que este discurso sea eficaz, debemos aprender a escuchar de otra manera voces que nunca se habían oído antes.

A pesar de que se insiste en la defensa de los derechos culturales, si éstos no se aplican realmente, todos los debates sobre el tema habrán sido vanos. Por tanto, Halina Nieć y Lyndel Prott son partidarias de confeccionar un catálogo definitivo de

los derechos culturales a fin de compensar la constante inobservancia de los mismos. Halina Nieć sostiene que, si se quiere poner remedio a esta indiferencia, se ha de adoptar una actitud “acusadora” con respecto a los Estados que son reacios a cumplir las obligaciones en materia de derechos culturales que figuran en los distintos instrumentos internacionales. El éxito de este enfoque depende en gran medida de la creación de un sistema internacional que permita entablar demandas individuales por violación de los derechos culturales similar al sistema que funciona en el marco del Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Además, en el contexto del sistema actual de presentación de informes, será necesaria una mayor participación de las instituciones estatales y de las organizaciones no gubernamentales en los ámbitos nacional e internacional, especialmente cuando se trate de los verdaderos titulares de esos derechos.

Este libro, que se inspira en el informe de la Comisión Mundial de Cultura y Desarrollo, *Nuestra diversidad creativa*, constituye una contribución al debate actual sobre “los derechos culturales como derechos humanos”. Los estudios aquí agrupados ofrecen al lector una serie de puntos especialmente importantes a la hora de construir una interpretación común de la naturaleza y el funcionamiento de los conceptos generales en el contexto de los derechos humanos. Los autores insisten en lo que se considera actualmente un obstáculo a la universalidad de los derechos humanos y que se justifica por la reivindicación de las normas y costumbres culturales, al tiempo que confrontan los derechos colectivos y los individuales.

La obra se caracteriza por abarcar la teoría y la doctrina, confrontándolas a una extensa variedad de prácticas públicas y nacionales. En este amplio marco, los autores analizan y estudian la interacción de los acontecimientos que se producen en los ámbitos del derecho nacional e internacional, frente a la aparición de nuevos conceptos jurídicos y de nuevas reivindicaciones culturales. El presente libro también sirve de foro para las voces “ocultas” de las minorías y los pueblos indígenas, añadiendo así elementos que hasta la fecha no estaban presentes en el proceso de justificación racional y legitimación de los derechos culturales. Este es tal vez su aspecto más destacado.

Al identificar problemas que hasta ahora habían sido abordados de manera inadecuada en el contexto de los derechos culturales, los autores esperan haber contribuido a alentar a otras personas a participar en un diálogo que invite a la reflexión con objeto de dar precisión jurídica a las normas reconocidas en este ámbito.

A fin de que el libro en su versión original en inglés estuviese listo el 10 de diciembre de 1998 para la conmemoración del cincuentenario de la Declaración Universal de Derechos Humanos, los autores, redactores, impresores y editores tuvieron que realizar enormes esfuerzos. Todos ellos merecen que les felicitemos por haber



aceptado plazos muy estrictos y que les demos las gracias por su paciencia y buena voluntad a la hora de satisfacer estas exigencias. En particular, debemos manifestar nuestro agradecimiento a Lyndel Prott, de la UNESCO, por haber dirigido el proyecto desde la selección de los autores hasta la relectura de las pruebas finales, a Rich Kraemer por la asistencia general prestada en la compaginación de este libro desde la Universidad Jagellónica, Cracovia, y a Assia Bedjaoui, Louise Kleberg y Edouard Planche, de la UNESCO, por haber establecido la bibliografía y haberse ocupado de los detalles de última hora. Ruth Redmond-Cooper y su equipo del Institute of Art and Law de Leicester también llevaron a cabo una tarea heroica al producir el libro en un plazo mínimo respetando criterios de máxima calidad.

Espero que hayamos ofrecido un abanico de ideas que invite a proseguir el debate de distintas maneras –simposios, seminarios, nuevas obras que susciten la reflexión y otras discusiones. Es evidente que se requiere cierta variedad de puntos de vista para respetar no sólo las culturas de todos, sino también sus distintas concepciones de los derechos culturales.

Halina Nieć

Cracovia

19 de octubre de 1998



# DERECHOS CULTURALES: EL PUNTO DE VISTA DE LAS CIENCIAS SOCIALES

Rodolfo Stavenhagen

## 1. INTRODUCCIÓN: EL PROBLEMA DE LOS DERECHOS CULTURALES<sup>1</sup>

El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas en 1966, sólo hace propuestas modestas sobre los derechos culturales. El artículo 15 se refiere principalmente al derecho de toda persona a participar en la vida cultural, a gozar de los beneficios del progreso científico y de sus aplicaciones, y a beneficiarse de la protección de las producciones científicas, literarias o artísticas. El artículo 13 reconoce el derecho de toda persona a la educación, que “debe orientarse hacia el pleno desarrollo de la personalidad humana y del sentido de su dignidad”. Si bien en numerosos instrumentos internacionales y en varias convenciones y recomendaciones de la UNESCO<sup>2</sup> se hace también mención de los derechos culturales, quedan aún por estudiar todas las consecuencias de los derechos culturales como derechos humanos. Este capítulo se propone contribuir a este debate desde el punto de vista de las ciencias sociales.

Por razones evidentes, los derechos culturales están estrechamente relacionados con otros derechos individuales y libertades fundamentales como la libertad de expresión, la libertad de religión y creencia, la libertad de asociación y el derecho a la educación. En los textos teóricos sobre los derechos humanos no se ha concedido mucha

---

1. Esta es una versión revisada de mi artículo “Cultural rights and universal human rights”, en A. Eide *et al.* (comps.), *Economic, social and cultural rights*, Dordrecht, Martinus Nijhoff, 1995, págs. 63-77.

2. Véase la Declaración de los Principios de la Cooperación Cultural Internacional, proclamada por la Conferencia General de la UNESCO el 4 de noviembre de 1966.

importancia a los derechos culturales y, como ha señalado Eide, se les trata más bien como una categoría accesoria. Ahora bien, los Estados tienen la obligación de garantizar el respeto, la protección y el disfrute de cada uno de esos derechos, y tratándose de los derechos culturales y sus diversas interpretaciones dicha obligación debe enunciarse claramente.<sup>3</sup>

Si bien algunos derechos culturales pueden tratarse exclusivamente en el marco de los derechos humanos individuales universales, la relación entre cultura y derechos humanos permite un enfoque más amplio.

Prott sostiene que los derechos culturales, en particular los relativos a la preservación del patrimonio cultural, la identidad cultural de un pueblo determinado, y el desarrollo cultural, se consideran en ciertas circunstancias “derechos de los pueblos”, e insta a que se redoblen los esfuerzos a fin de que tales cuestiones se formulen en términos jurídicos internacionales.<sup>4</sup> En este ensayo examinaré algunas ideas relativas a estas cuestiones.

Si los derechos culturales han de entenderse como el derecho de todo individuo “a” la cultura, el significado de esta expresión no debería plantear ninguna duda. Sin embargo, un examen somero de la manera en que se ha tratado el concepto de “cultura” en algunos documentos e instrumentos jurídicos internacionales muestra una diversidad de usos. El derecho de un pueblo a su propia riqueza artística, histórica y cultural se proclama en el artículo 14 de la Declaración de Argel sobre los Derechos de los Pueblos, aprobada en 1976 por una reunión no gubernamental de destacados expertos. Esta declaración carece de base jurídica en derecho internacional, pues no ha sido sancionada por ningún órgano intergubernamental. No obstante, como reconoce Brownlie, ejerció “cierta influencia”, en particular en la medida en que sus ideas se reflejaron en la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, aprobada por la Organización de la Unidad Africana en 1981.<sup>5</sup>

El derecho a la igualdad de disfrute del patrimonio común de la humanidad se menciona en el artículo 22 de la Carta Africana. El derecho a elaborar una cultura ha sido afirmado por la UNESCO y se menciona en la Carta Africana y en la Declaración de Argel (art. 13). La UNESCO proclamó asimismo un “derecho a la identidad cultural” en la Conferencia Mundial sobre las Políticas Culturales celebrada

---

3. Eide, *op. cit.*, págs. 233-238.

4. L. V. Prott, “Cultural rights as Peoples’ rights in international law”, en J. Crawford (comp.), *The rights of peoples*, Oxford, Clarendon Press, 1988, págs. 92-106.

5. I. Brownlie, “The rights of peoples in modern international law”, en J. Crawford (comp.), *The rights of peoples, op. cit.*

en 1982.<sup>6</sup> Además, la Declaración de Argel (art. 2) se refiere al derecho al respeto de la identidad cultural y al derecho de un pueblo a que no se le imponga una cultura extranjera (art. 15).

El derecho de personas pertenecientes a minorías étnicas, religiosas o lingüísticas a tener su propia vida cultural, a profesar y practicar su propia religión y a emplear su propio idioma en común con los demás miembros de su grupo, figura en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (art. 27). Este derecho se reafirmó en la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas Pertenecientes a Minorías Nacionales o Étnicas, Religiosas y Lingüísticas de 1992, que insta también a los Estados a que adopten medidas para que las personas pertenecientes a minorías desarrollen su propia cultura (art. 4).<sup>7</sup> La Declaración de Argel se refiere al derecho de los pueblos minoritarios al respeto de su identidad, sus tradiciones, su idioma y su patrimonio cultural (art. 19).

La Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio, adoptada en 1948, define el genocidio y declara que se trata de un delito de derecho internacional, cuando se perpetraran determinados actos “con la intención de destruir, total o parcialmente, a un grupo nacional, étnico, racial o religioso, como tal” (art. 2). Además del hecho mismo de matar a personas, estos actos comprenden también la “lesión grave a la integridad física o mental de los miembros del grupo” y el “traslado por fuerza de niños del grupo a otro grupo”, etc. Buergenthal sostiene con razón que al declarar fuera de la ley la destrucción de grupos nacionales, étnicos, raciales y religiosos, la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio reconoce oficialmente el derecho de estos grupos a existir como tales, lo que ciertamente debe considerarse el más fundamental de todos los derechos culturales.<sup>8</sup>

---

6. En la Declaración de México sobre las Políticas Culturales se afirma, entre otras cosas, que:

1. Cada cultura representa un conjunto de valores único e irremplazable, ya que las tradiciones y formas de expresión de cada pueblo constituyen su manera más lograda de estar presente en el mundo.
2. La afirmación de la identidad cultural contribuye, por ello, a la liberación de los pueblos. Por el contrario, cualquier forma de dominación niega o deteriora dicha identidad.

*Conferencia Mundial sobre las Políticas Culturales: Informe Final*, París, UNESCO, 1982.

7. Resolución 47/135 de la Asamblea General de 18 de diciembre de 1992.

8. T. Buergenthal, *International human rights*, St. Paul, Minnesota, West Publishing Co., 1988, pág. 49.

## 2. LAS CONCEPCIONES SUBYACENTES DE LA CULTURA

Una lectura atenta de los instrumentos antes citados mostrará que se refieren indirectamente a varias concepciones distintas de la cultura, que no siempre se enuncian claramente en los textos y que de hecho se suelen utilizar sin excesivo rigor en el discurso general. Un tratamiento sistemático de los derechos culturales como derechos humanos exigirá una conceptualización mucho más rigurosa de la terminología cultural.

### LA CULTURA COMO CAPITAL

Una concepción común identifica la cultura con “el patrimonio material acumulado de la humanidad” en su totalidad, o de grupos humanos particulares, incluidos los monumentos y los objetos hechos por el ser humano. Desde este punto de vista, el derecho a la cultura significa la igualdad de derecho de acceso de los individuos a ese capital cultural acumulado. Una extensión de esta concepción es el derecho al desarrollo cultural. Muchos gobiernos y organizaciones internacionales han establecido el desarrollo cultural como un proceso específico de cambio cultural, que algunas personas consideran paralelo o complementario a otras formas de desarrollo, esto es, económico, político o social.

El razonamiento es el siguiente: si el desarrollo económico significa más bienes y servicios, un mayor PNB y una mejor distribución de la riqueza entre la población, el desarrollo cultural significaría entonces “más cultura” y un mejor acceso a ella para más categorías sociales. Esto se interpreta con mucha frecuencia como un proceso meramente cuantitativo: la publicación de más libros, la creación de bibliotecas, una mayor circulación de periódicos y revistas, la construcción de museos, la posesión de receptores de televisión y el acceso a ellos, etc. El aumento cuantitativo de los servicios culturales se equipara a veces con el concepto de desarrollo cultural, pero en los informes oficiales se presta relativamente poca atención a las dimensiones más cualitativas de este proceso. ¿Cuáles son la naturaleza y el contenido de tales servicios? ¿Puede realmente considerarse desarrollo cultural el aumento del número de canales de televisión?

Se supone a menudo que existe un consenso sobre lo que es el “desarrollo cultural”. Sin embargo, se trata de una proposición dudosa. Se puede aducir, por ejemplo, que muchas de las declaraciones de carácter general sobre el “derecho al desarrollo cultural” –que supone un aumento de los llamados “servicios” culturales– disimulan con demasiada frecuencia el hecho de que en nuestras sociedades hay conflictos culturales subyacentes, y no sólo sociales, políticos y económicos. Estos con-

flictos se producen en torno al reconocimiento y la identidad de los grupos culturalmente definidos de la sociedad, o en torno a la naturaleza de la cultura “nacional”, o de la finalidad de las políticas culturales. Una aseveración que goza de amplia aceptación es que existe una cultura “universal” que algunas personas pueden disfrutar, pero a la que otras no tienen acceso. De ello se desprende que un derecho a la cultura debería suponer un acceso más equitativo a esta “cultura universal”.

Sin embargo, éste no es el único modo de abordar la cuestión, ya que el derecho a la cultura puede interpretarse también como el derecho de un grupo a su propia cultura y no necesariamente a una cultura general o supuestamente universal, pues esos dos conceptos no son forzosamente colindantes. Como se ha señalado reiteradas veces, la llamada cultura “universal” es con demasiada frecuencia una cultura “occidental” impuesta a escala mundial a través de las prácticas hegemónicas de las potencias occidentales, desde la época del colonialismo. Es cierto que los esfuerzos de la UNESCO por universalizar el patrimonio cultural de la humanidad se apartan de la tradición eurocentrista.<sup>9</sup>

#### LA CULTURA COMO CREATIVIDAD

Una segunda concepción muy generalizada ve la cultura no necesariamente como un “capital cultural” acumulado o existente, sino más bien como el “proceso de creación artística y científica”. En consecuencia, en cada sociedad hay determinados individuos que “crean” cultura (o que “interpretan” o “ejecutan” obras culturales). Desde este punto de vista, el derecho a la cultura significa el derecho de ciertas personas a crear libremente sus obras culturales sin restricción alguna, y el derecho de todos a disfrutar de libre acceso a esas creaciones en museos, salas de concierto, teatros, bibliotecas, etc. Las políticas culturales están encaminadas entonces a promover la condición del creador cultural individual (esto es, el artista, el autor, el ejecutante) en la sociedad, y el derecho a la libre expresión cultural de esos creadores se ha convertido en uno de los derechos humanos más valorados en la época actual. De hecho, el creador cultural simboliza la libertad de pensamiento y expresión que ha sido una de las fuerzas motivadoras de las luchas por los derechos humanos a lo largo de la historia. Recordemos simplemente la indignación internacional que suscita la proscripción, el exilio o el

---

9. S. P. Huntington, *The clash of civilizations and the remaking of world order*, Nueva York, Simon and Schuster, 1997. Este autor reconoce que la expresión “civilización universal” puede referirse a tesis, valores y doctrinas defendidos en la actualidad por muchas personas en la civilización occidental. Esto podría llamarse la “cultura de Davos” (con lo cual Huntington alude al Foro Económico Mundial organizado cada año en Suiza por las elites financieras del mundo occidental).

encarcelamiento (y, con mayor razón, la ejecución) de artistas o autores por regímenes autoritarios: acuden a la mente los casos de Solzhenitsin, de los escritores kurdos en Turquía y de Salman Rushdie.

La concepción de la cultura como resultado de la labor de especialistas culturales ha llevado a una distinción muy generalizada entre “alta” y la “baja” cultura. En los países occidentales, por lo menos, los debates culturales giran en torno al peso y la importancia relativa de la cultura de las “elites” y de la cultura “popular”. Esta última aparece asociada a la esfera de las artes escénicas, canalizada generalmente por los medios de comunicación y dirigida a públicos específicos a través de industrias culturales (por ejemplo, la música pop y las estrellas populares, las películas de culto, las formas de vestirse a la moda y la cultura juvenil fomentada por productores y artistas altamente remunerados y promocionados). Existe otra concepción de la cultura popular a la que me referiré más adelante, pero las políticas oficiales orientadas hacia el desarrollo de la cultura se suelen centrar en la cultura de las “elites”. En este caso, es fácil identificar los derechos culturales con los derechos de los creadores culturales, los especialistas de la cultura.

#### LA CULTURA COMO UN MODO DE VIDA TOTAL

Una tercera concepción de la cultura proviene de la antropología. Según ella, la cultura significa “la suma total de las actividades y productos materiales y espirituales de un grupo social determinado que lo distingue de otros grupos similares”. Entendida de este modo, la cultura es también “un sistema de valores y de símbolos” coherente e independiente “y una serie de prácticas” que un grupo cultural determinado reproduce a lo largo del tiempo y que proporciona a sus miembros los indicadores y significados necesarios para el comportamiento y las relaciones sociales en la vida cotidiana.

Los pueblos del mundo son portadores de muchos miles de culturas distintas. En algunos casos, la totalidad o la mayoría de la población de un país comparte una cultura común; en otros, una variedad de culturas diferentes coexisten en un mismo Estado. No hay un consenso sobre el número efectivo de culturas existentes o sobre los criterios para definir su composición (esto es, quién pertenece a una cultura, quién está excluido de ella), aunque se trata de una cuestión crucial, en particular en relación con el problema de los derechos culturales. Tampoco existe ningún método que se pueda aplicar a rajatabla para distinguir una cultura de otra, lo cual no es posible ni de hecho necesario para nuestra comprensión de la dinámica cultural. En términos generales, los especialistas consideran que para los aproximadamente doscientos Estados independientes del mundo, hay unos diez mil grupos étnicos o etnias, distinguidos principalmente por sus diferencias lingüísticas, que es



uno de los principales criterios, aunque no el único, para diferenciar las culturas unas de otras.<sup>10</sup>

Las culturas no son estáticas. Por el contrario, cada cultura identificable tiene raíces históricas y se va transformando con el tiempo. En efecto, el cambio cultural y la constante recreación dinámica de las culturas son un fenómeno universal. Se puede decir que una cultura posee una vitalidad especial si es capaz de preservar su identidad aun incorporando el cambio, así como un ser humano cambia con el tiempo pero mantiene una identidad bien diferenciada.

Sin embargo, esta manera de ver tiene un inconveniente: trata la cultura como un objeto, una “cosa” independiente del espacio social en el que los distintos actores sociales establecen relaciones mutuas. La antropología nos recuerda que la identidad étnica (y por ende cultural) de cualquier grupo no depende del contenido de su cultura sino de los límites sociales que definen los espacios de las relaciones sociales por los que se atribuye la pertenencia a uno u otro grupo étnico.<sup>11</sup>

A raíz de esta crítica, las investigaciones recientes tratan la cultura como algo que sujetos en constante cambio construyen, reconstruyen, inventan y reinventan sin cesar; se hace hincapié aquí en la manera en que la gente percibe su propia cultura y habla de ella, más que en la cultura misma (que según este criterio no tiene existencia objetiva fuera de la subjetividad del individuo). Las costumbres y las tradiciones son elementos intrínsecos de todas las culturas observables y sin embargo las tradiciones se inventan y reinventan constantemente, y las costumbres, por las que se rige el comportamiento cotidiano de la gente, se modifican con regularidad para adaptarse a las nuevas circunstancias históricas, aun si procuran mantener la continuidad social. Las culturas nacionales, estrechamente vinculadas a la actividad del Estado a través de las políticas educativas y culturales del gobierno, se imaginan colectivamente en el proceso histórico y las naciones se definen a veces como “comunidades imaginadas”. Así, aunque se confiere existencia objetiva a las “culturas” (esto es, la gente nace dentro de una cultura, los grupos sociales se identifican por sus respectivas culturas), éstas son también construidas y configuradas subjetiva y diversamente por un sinnúmero de individuos en interacción social constante.<sup>12</sup>

---

10. La Comisión Mundial de Cultura y Desarrollo habla de diez mil sociedades distintas que viven en unos doscientos Estados. *Nuestra diversidad creativa, informe de la Comisión Mundial de Cultura y Desarrollo*, París, Ediciones UNESCO, 1997.

11. Véase, por ejemplo, F. Barth, *Ethnic groups and boundaries*, Oslo, Universitetsforlaget, 1969; R. Ellis y A. Wildavsky, *Cultural theory*, Boulder, Westview Press, 1990.

12. E. Hobsbawm y T. Ranger (comps.), *The invention of tradition*, Cambridge, Cambridge University Press, 1983; B. Anderson, *Imagined communities. Reflections on the origin and spread of nationalism*, Londres, Verso, 1983.

Determinar por qué y cómo perduran, cambian, se adaptan o desaparecen las culturas constituye un tema de investigación especial; tales cuestiones están íntimamente relacionadas con los procesos económicos, políticos y territoriales. En cualquier momento y en cualquier lugar puede haber una mayoría y una minoría, dominantes y dominados, grupos culturales hegemónicos y subordinados. La Comisión Mundial de Cultura y Desarrollo de la UNESCO declara:

Un país no se identifica necesariamente con una sola cultura. Muchos países, tal vez la mayoría, son multiculturales, multinacionales y multiétnicos, y cuentan con una multiplicidad de lenguas, religiones y estilos de vida. Un país multicultural puede obtener grandes beneficios de su pluralismo, aunque también corre el riesgo de que se produzcan conflictos culturales.

La Comisión Internacional sobre la Educación para el Siglo XXI sostiene que uno de los problemas del futuro es “la multiplicidad de las lenguas, expresión de la diversidad cultural de la humanidad. Se estima que hay unas 6.000 lenguas en el mundo, de las cuales unas doce son habladas por más de 100 millones de personas”.<sup>13</sup>

Aunque pueden estallar “guerras culturales” (esto es, tensiones y conflictos ideológicos en torno a cuestiones culturales como la educación, la lengua, las políticas culturales, etc.) en sociedades bien integradas sin hacerlas pedazos (por lo general porque otros tipos de instituciones sociales, económicas y políticas contribuyen a mantener unidos a los contendientes), en otros casos los problemas culturales se han convertido en poderosas fuerzas movilizadoras en las luchas políticas en todo el mundo.

Para citar un solo caso entre muchos otros, el conflicto entre Serbia y Croacia que provocó la dislocación de Yugoslavia se debió en gran medida a antiguas rivalidades entre las elites nacionales de ambas repúblicas en torno a cuestiones lingüísticas y religiosas. Después de decenios de debates lingüísticos sobre la naturaleza del “serbo-croata” o del “croatoserbio”, en 1966 numerosos intelectuales croatas publicaron una declaración en que insistían en que el croata era una lengua aparte y debía tratársela como tal. Un escritor afirma que “el intento de separar las lenguas se calificó de nacionalista y se reprimió mediante una enérgica campaña política”.<sup>14</sup>

Sería fácil mencionar otros ejemplos, pero es preciso observar que no se trata exclusivamente de conflictos culturales, sino más bien de conflictos políticos en torno

13. UNESCO, *Nuestra diversidad creativa*, op. cit., 1997; *La educación encierra un tesoro*, Informe a la UNESCO de la Comisión Internacional sobre la Educación para el Siglo XXI, París, Ediciones UNESCO, 1997.

14. A. Neak Luk, “The linguistic aspect of ethnic conflict in Yugoslavia”, en P. Akhavan y R. Howse (comps.), *Yugoslavia, the former and future*, Ginebra, UNRISD, 1995, pág. 119.

a cuestiones culturales. La manera en que las sociedades manejan las diferencias culturales entre sus poblaciones puede politizarse en sumo grado y estos problemas suelen resolverse en el plano político.

### 3. ¿TIENEN LOS DERECHOS CULTURALES UNA ESPECIFICIDAD CULTURAL?

Si la cultura se entiende en el sentido más amplio, antropológico, y no simplemente como el capital cultural acumulado o el producto de los talentos y la labor de un pequeño número de creadores culturales, se puede argüir entonces que los derechos culturales en su sentido colectivo tienen una especificidad cultural, esto es, que cada grupo cultural tiene el derecho de mantener y desarrollar su propia cultura específica, sin que importe de qué manera se inserta o se relaciona con otras culturas en un contexto más amplio. Este derecho se conoce en la actualidad como derecho a la identidad cultural.<sup>15</sup>

Este enfoque plantea varios problemas importantes en relación con el derecho a la cultura. En la Declaración Universal y en los instrumentos generales de derechos humanos figura un principio fundamental: el de no discriminación e igualdad. Durante el debate sobre los derechos humanos posterior a la Segunda Guerra Mundial, se sostuvo que si se aplicaba estrictamente el principio de no discriminación, todos los individuos tendrían igual acceso a todos los “bienes” en la cesta de los derechos humanos, ya se trate de derechos civiles y políticos, o de derechos económicos, sociales y culturales. No obstante, uno de los principales interrogantes en el debate sobre los derechos culturales es si esto basta realmente para garantizar el disfrute de todos esos derechos por todo el mundo.

Podría responderse que la enunciación del principio de no discriminación no es suficiente, en el marco y los procesos de las sociedades actuales, para dar a todos los individuos un igual acceso a todos los derechos humanos. Además, aun si una auténtica no discriminación fuese una realidad para todo el mundo (lo cual dista de ser el caso), esto no garantizaría forzosamente el disfrute de derechos culturales específicos. Se podrían exponer argumentos en favor de la necesidad de elaborar procedimientos y mecanismos para la afirmación y el disfrute de los derechos culturales específicos de los pueblos. En efecto, a menos que se establezcan tales mecanismos, no se podrá garantizar que todo el mundo disfrute plenamente los derechos culturales, a pesar de los principios de igualdad y de no discriminación.

---

15. R. Stavenhagen, “The right to cultural identity”, en J. H. Burgers *et al.* (comps.), *Human rights in a pluralist world. Individuals and collectivities*, Londres, Meckler, 1990, págs. 255-258.

Un segundo interrogante que se deriva de lo que antecede es si la noción de derechos individuales universales puede adecuadamente abarcar el concepto de derechos culturales, o si éstos deberían ser completados por un enfoque distinto: el de derechos colectivos o comunitarios. Hay razones convincentes para optar por este último enfoque. Los principios de no discriminación e igualdad, enunciados en la Declaración Universal y en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, se refieren básicamente a los derechos de los individuos. Sin embargo, cuando nos referimos a los derechos culturales, así como a varios derechos sociales y económicos, se impone a menudo un enfoque colectivo, ya que algunos de estos derechos sólo pueden ser ejercitados en comunidad, y esa comunidad debe tener la posibilidad de preservar, proteger y desarrollar su cultura común. Como se indica en el informe de Pérez de Cuéllar: “La libertad cultural es colectiva. Es el derecho del que goza un grupo a seguir o a adoptar el modo de vida que desea.”<sup>16</sup>

Los beneficiarios de esos derechos pueden ser individuos, pero su contenido se esfuma si no se preservan los derechos colectivos de los grupos. Los derechos culturales se aplican a las personas que pertenecen a determinadas culturas y están formadas por ellas, que participan en una actividad colectiva, que comparten valores comunes y que sólo pueden ser portadores de esos valores comunes uniéndose a otros miembros de su propio grupo.<sup>17</sup>

Este razonamiento lleva necesariamente a preguntarse qué tipo de colectividades pueden ser los sujetos lógicos de tales derechos. ¿Quiénes son los titulares de esos derechos? ¿Quiénes son los actores, en términos sociológicos, que pueden reivindicarlos y a quiénes se aplican? Se trata de una cuestión compleja, pues conduce directamente a debatir los derechos de los grupos minoritarios, los grupos culturales o los pueblos, conceptos que aparecen ocasionalmente en los instrumentos internacionales de derechos humanos, pero que rara vez se definen con precisión.

#### 4. DIVERSIDAD CULTURAL Y DERECHOS HUMANOS UNIVERSALES

Cuando se habla de derechos culturales se deben tener en cuenta los valores culturales que comparten los individuos y los grupos, valores a los que suelen tener apego y que conforman y definen sus identidades colectivas. El derecho a la cultura supone el respeto de los valores culturales de grupos e individuos por otros que pueden no compar-

16. UNESCO, *Nuestra diversidad creativa*, *op. cit.*, 1997, pág. 18.

17. J. H. Burgers, “The function of human rights as individual and collective rights”, en Burgers *et al.* (comps.), *Human rights...*, *op. cit.*, págs. 63-74.

tirlos; significa el derecho a ser diferente. ¿De qué otro modo se pueden interpretar las libertades fundamentales de pensamiento, de expresión, de opinión y de creencia consagradas en la Declaración Universal de Derechos Humanos?

Dentro de esta óptica, hay que tener en cuenta que las diferentes culturas y civilizaciones no comparten necesariamente los mismos valores. Tal vez la humanidad tenga en común muchos valores, pero las culturas pueden diferir unas de otras como resultado de trayectorias históricas y tipos de organización social distintos. Esto se comprueba a ambos lados de las fronteras de los Estados y de las líneas de falla entre civilizaciones, pero también ocurre dentro de los países cuando pueblos culturalmente diferenciados comparten un Estado y su territorio.<sup>18</sup>

Ahora bien, destacar la diversidad de los valores culturales es ir contra la corriente de pensamiento dominante en el mundo actual en materia de derechos humanos, según la cual la universalidad de tales derechos es el fundamento básico del edificio de los derechos humanos internacionales. No sólo el alcance de los derechos humanos individuales debe ser universal (esto es, aplicarse a todos los seres humanos), sino que los valores subyacentes deben compartirse de modo universal. Todos los seres humanos son iguales; más allá de lo que los diferencia, tienen los mismos derechos. Sin embargo, cuando decimos que el respeto de valores diferentes es un elemento esencial del concepto de derechos culturales colectivos, cabe preguntarse si el reconocimiento de las especificidades de los distintos grupos sociales supone un rechazo de la universalidad.<sup>19</sup>

Si bien algunos investigadores negarán la validez de este razonamiento por considerar que el relativismo cultural pone en peligro el concepto mismo de derechos humanos, no se puede negar que el mundo real está constituido de una multiplicidad de grupos y pueblos culturalmente distintos. Si no queremos que el debate sobre los derechos culturales gire en torno a abstracciones sin sentido, es preciso reconocer los problemas específicos de cada grupo cultural.<sup>20</sup>

Ya en 1947 la American Anthropological Association (AAA) reconoció este problema cuando la Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas todavía estaba examinando diferentes proyectos de la Declaración Universal. En aquel momento, el Consejo Ejecutivo de la AAA presentó a la Comisión un documento en

---

18. Sobre las líneas de falla entre civilizaciones, véase Huntington, *op. cit.*

19. Naciones Unidas, Departamento de Información Pública, 1987. *Is universality in jeopardy?*, Nueva York, Naciones Unidas, 1997.

20. Para una crítica del relativismo en derechos humanos y de los derechos colectivos y de los pueblos desde un punto de vista individualista y universalista, véase J. Donnelly, *Universal human rights in theory and practice*, Ithaca, Cornell University Press, 1989, págs. 109-124; y del mismo autor: "Third generation rights", en C. Brölmann *et al.* (comps.), *Peoples and minorities in international law*, Dordrecht, Martinus Nijhoff, 1993.

que se planteaba el problema de cómo podría aplicarse la Declaración a todos los seres humanos. Según los antropólogos estadounidenses, la Declaración Universal no debía concebirse únicamente en función de los valores prevalecientes en Europa occidental y Estados Unidos de América. La Asociación sostenía, en primer lugar, que el individuo realiza su personalidad a través de su cultura, por lo que el respeto de las diferencias individuales supone el respeto de las diferencias culturales.

En segundo lugar, añadía la AAA, el respeto de las diferencias entre culturas es validado por el hecho científico de que no se ha descubierto ninguna técnica para efectuar una evaluación cualitativa de las culturas.

En tercer lugar, las normas y los valores son afines a la cultura de que proceden, de tal modo que toda tentativa de formular postulados que nacen de las creencias y los códigos morales de una cultura debe disminuir la aplicabilidad de la Declaración de Derechos Humanos a la humanidad en su conjunto.

Por último, la American Association of Anthropologists sugería la idea siguiente:

Sólo cuando se incorpore a la Declaración propuesta una mención del derecho de los hombres a vivir según sus propias tradiciones, se podrá dar el siguiente paso, esto es, definir los derechos y deberes recíprocos de los grupos humanos basándolos firmemente en los conocimientos científicos actuales sobre el Hombre.<sup>21</sup>

Así pues, hace medio siglo, cuando se estaba redactando la Declaración Universal, los antropólogos estadounidenses consideraban que en ella se plasmaban los valores de una sola cultura y cuestionaban la aplicabilidad automática de esas normas a otras culturas. En años más recientes, en particular conforme los Estados africanos y asiáticos se fueron incorporando a las Naciones Unidas, esta postura fue adoptada por muchas naciones del Tercer Mundo y se manifestó claramente en la Conferencia sobre Derechos Humanos celebrada en Viena en el verano de 1993.

La Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, por ejemplo, ilustra algunas de estas dificultades. En el artículo 17, inspirado en la Declaración Universal, se dispone que: "Toda persona tiene derecho a tomar parte libremente en la vida cultural de su comunidad. El fomento y la protección de la moralidad y los valores tradicionales reconocidos por la comunidad incumbirán al Estado." No cabe duda de que la moralidad y los valores culturales están culturalmente definidos, ¿pero a qué "comunidad" se refiere este artículo?

---

21. American Anthropological Association, "Statement on human rights", *American Anthropologist*, vol. 49, n.º 4, octubre-noviembre de 1947, págs. 539-543. Obsérvese la manera en que está redactado el texto, anterior a la conciencia de la igualdad entre hombres y mujeres.

El capítulo II de la Carta Africana se refiere no a derechos sino a deberes. Se trata de un contrapunto interesante a la cuestión de los derechos. En el artículo 29 se afirma, entre otras cosas, que el individuo tendrá también el deber de “preservar y fortalecer los valores culturales africanos positivos en sus relaciones con los otros miembros de la sociedad”. Ahora bien, si preservar y fortalecer valores culturales africanos positivos se considera un deber, cabe suponer entonces que de los valores culturales africanos se desprende un derecho compensatorio. Si el deber de todo africano es reforzar y preservar esos valores, entonces todo individuo debe tener también el derecho de disfrutarlos.

Cabe señalar que, en su formulación, el artículo 29 establece una distinción entre valores africanos y valores no africanos. En segundo lugar, postula cierta unidad u homogeneidad de los valores africanos, ya que no hace referencia alguna a una posible diversidad interna. Y en tercer lugar, si hay valores africanos positivos, debe haber por consiguiente valores africanos o no africanos negativos que no es necesario reforzar o preservar. Ahora bien, ¿cuáles son esos “valores africanos positivos” y cómo se los define? Aunque se trata de un arduo desafío intelectual, es seguramente más difícil aún dar una aplicación jurídica al concepto. El mero hecho de plantear este problema significa abrir una caja de Pandora de dificultades.

El problema de los derechos culturales posee otra dimensión. Debería interesarnos no sólo el respeto de las variaciones de los valores culturales a través de las fronteras entre países, entre regiones, entre tradiciones históricas y sistemas políticos diferentes, sino también dentro de los países. La mayoría de los Estados que firmaron los diversos instrumentos internacionales de derechos humanos son mosaicos de culturas. Ya sean éstas las culturas de grupos étnicos, minorías o nacionalidades, de hecho muy pocos países son culturalmente homogéneos. ¿Qué significa esta diversidad en cuanto a los derechos humanos y al derecho al desarrollo cultural? Si entendemos por derecho al desarrollo cultural no sólo el derecho de los individuos a innovar, a abrir nuevos horizontes y a recibir más servicios culturales, sino además el derecho a la cultura propia, esto es, el derecho a la identidad cultural, entonces el problema consiste una vez más en definir los objetivos de las políticas culturales. Cuando se habla de más y mejor educación, ¿cuál será el contenido de esta educación? Cuando se habla de desarrollo cultural, ¿qué culturas se desarrollarán y quién las desarrollará?

Es necesario volver a la cuestión de las definiciones culturales antes mencionada. Durante el último medio siglo, el desarrollo se identificó con frecuencia con un proceso de construcción nacional, uno de cuyos aspectos importantes ha sido el desarrollo de una “cultura nacional”, en particular en los países del llamado Tercer Mundo, muchos de los cuales lograron la independencia política en esa época. Sin



embargo, el término convenientemente ambiguo de “cultura nacional” deja sin aclarar los interrogantes siguientes: ¿la nación de quién y qué tipo de nación ha de desarrollarse? Connor ha indicado con razón que el desarrollo de los Estados modernos había sido un proceso de “destrucción nacional” más que de “construcción nacional”, habida cuenta de que en nombre del Estado nación moderno se han destruido o eliminado de hecho muchos pueblos que no constituían Estados.<sup>22</sup>

El concepto de construcción nacional, tal como se lo ha utilizado en la historia reciente, suele suponer un *melting pot*, un crisol de pueblos, o también un proceso de “integración nacional” o de “amalgama”. Esto significa que los distintos grupos étnicos y culturales que por alguna razón histórica cohabitan dentro de los límites definidos de un Estado reconocido internacionalmente han de abandonar una parte de su identidad cultural para adoptar los valores de los grupos dominantes o mayoritarios, o para mezclarse y crear algo completamente nuevo (como se supone por lo general que fue el proceso de construcción nacional en los Estados Unidos de América). Ahora bien, los grupos sociales que ejercen el poder político son los que suelen determinar el modelo al que debe ajustarse la cultura nacional, esto es, los que deciden la forma y el contenido de las políticas educacionales y culturales.

¿Quiénes son los que tienen el poder? El análisis revela que suelen pertenecer a uno de los grupos culturales hegemónicos, que puede ser una mayoría o una minoría dominante. Por ser el grupo dominante, pueden definir la cultura nacional en función de sus propias identidades culturales. Se trata de grupos culturales hegemónicos con la capacidad o poder de definir la cultura nacional y que esperan que todos los demás grupos se conformen a este modelo, aun si ello significa en última instancia la destrucción de otras culturas.<sup>23</sup> Se citan a continuación algunos casos contemporáneos:

- El Estado sudanés, controlado por los pueblos árabes islámicos del norte, intenta imponer el derecho islámico (“charia”) y su propio modelo de nación a los distintos pueblos del Sudán meridional, provocando una de las guerras civiles más largas de África. Las negociaciones de paz iniciadas en 1997 no han logrado todavía solucionar el conflicto.

22. W. Connor, “Nation building or nation destroying”, *World Politics*, vol. 24, n.º 3, 1972.

23. La Comisión Mundial de Cultura y Desarrollo ha dicho lo siguiente acerca de este problema: “No sólo están en juego las actitudes. Se trata también de una cuestión de poder. La dominación o la hegemonía cultural se basa a menudo en la exclusión de los grupos subordinados. La distinción entre ‘nosotros’ y ‘ellos’, así como la significación que se le da, tiene un origen social y se apoya frecuentemente en argumentos que un grupo invoca para ejercer el poder sobre otro y justificar a sus propios ojos el ejercicio de este poder”. UNESCO, *Nuestra diversidad creativa*, op. cit., 1997, págs. 17-18.



- La mayoría cingalesa dominante intentó crear en Sri Lanka una nación a su imagen, lo que provocó la aparición en 1983 de la insurgencia tamil en ese país.
- El Estado turco ha negado sistemáticamente sus derechos culturales a la minoría kurda, calificando simplemente a los kurdos de “turcos montañoses”.
- Los pueblos indígenas de América Latina debían supuestamente conformarse a la cultura “nacional” de los mestizos y los grupos dominantes identificados con los descendientes de los colonos españoles. Los recientes movimientos sociales indígenas exigen el derecho a la identidad cultural y en algunos casos la autonomía territorial.
- La Constitución de Fiji de 1990 negó a los descendientes de los inmigrantes indios los mismos derechos de ciudadanía que a los autóctonos de Fiji, pero en 1997 una Constitución revisada corrigió este desequilibrio.
- Los malayos, políticamente dominantes, han definido constitucionalmente la nación malaya en detrimento de la comunidad china. Los malayos hablan de una Malasia “malaya”, mientras que los chinos y las otras minorías quisieran ver una Malasia “malasia”, esto es, una mezcla igualitaria de todos sus ciudadanos de distintas culturas.
- El Estado unitario de Francia no reconoce oficialmente la existencia en su territorio de minorías regionales culturalmente distintas (bretones, corsos u occitanos), pues la República Francesa es “una e indivisible”.

La relación entre una cultura hegemónica y los grupos culturalmente distintos (ya se trate de pueblos, naciones o minorías) es una cuestión compleja que tiene serias consecuencias para la definición y el disfrute de los derechos culturales. Cuando un grupo étnico determinado logra imponer su hegemonía cultural a otros grupos más débiles, se puede afirmar sin temor a equivocarse que ha habido violación de los derechos culturales. En casos extremos se ha hablado de “genocidio cultural”, pero esta noción no figura en la Convención sobre el Genocidio ni en otros instrumentos jurídicos sobre derechos humanos.<sup>24</sup> Este proceso se denomina más comúnmente “etnocidio” y ocurre en todo el mundo.<sup>25</sup>

---

24. En el momento de los debates en las Naciones Unidas previos a la adopción de la Convención sobre el Genocidio, algunos Estados quisieron incluir el genocidio cultural entre los crímenes internacionales. Véase F. Ermarcora, “The protection of minorities before the United Nations”, en *Academy of International Law, Recueil des cours*, vol. 182, La Haya, Martinus Nijhoff, 1984, págs. 312-318.

25. R. Stavenhagen, *The ethnic question. Conflicts, development and human rights*, Tokio, United Nations University Press, 1990, págs. 85-92.

Los intentos por parte de grupos étnicos hegemónicos que controlan el Estado de homogeneizar la cultura nacional, y la resistencia a tales políticas por los grupos subordinados, se están convirtiendo en motivo de preocupación internacional. Este asunto se ha sometido al examen de los órganos pertinentes de las Naciones Unidas, como la Subcomisión de Prevención de Discriminaciones y Protección a las Minorías. Un número creciente de Estados reconocen ya su patrimonio multicultural y algunos alientan a los distintos grupos presentes en su territorio a preservar y desarrollar sus respectivas culturas. El discurso sobre los derechos humanos menciona también el derecho a ser diferente. Cuando hablamos de derechos culturales, nos referimos asimismo al derecho de los grupos en un país determinado a poder mantener sus respectivas identidades culturales, a poder desarrollar sus propias culturas, aun (o sobre todo) si éstas son distintas del modelo dominante de desarrollo cultural establecido por el llamado “Estado etnocrático”.

Estas cuestiones relativas a los derechos humanos han suscitado enconadas discusiones entre “universalistas” y “contextualistas”. Los primeros sostienen que la concepción liberal occidental de los derechos humanos tiene validez universal, mientras que los segundos opinan que las distintas culturas tienen modos diferentes de tratar (o no) los derechos humanos. En realidad, las diferencias entre ambas posiciones extremas no son insuperables. La mayoría de los teóricos políticos reconocen ahora que la política de derechos humanos más liberal e individualista, neutra e impermeable a todo tipo de diferencia cultural, la que por así decirlo es “ciega a las diferencias”, debe tener en cuenta tales diferencias como hecho sociológico y a menudo político de la vida cuando se trata de erigir un sólido edificio de derechos humanos. En la medida en que las identidades culturales están estructuradas mediante la interacción colectiva entre individuos social y culturalmente definidos, es evidente que el respeto de los derechos individuales de los miembros de minorías o de grupos desfavorecidos y marginados debe ir aparejado al derecho de tales grupos de preservar y desarrollar sus propias identidades. Un teórico político, refiriéndose al Canadá, sostiene que la política liberal de derechos individuales debe ampliarse para que comprenda la política de la diferencia y del reconocimiento.<sup>26</sup>

Las políticas de derechos humanos no son del todo neutras, pues son el resultado de los valores compartidos por la cultura mayoritaria o dominante en cualquier sociedad y en cualquier época. El hecho de que sean dominantes no les confiere necesariamente universalidad. Si se admite que la cultura es una práctica continua (y no una “cosa” establecida), la evolución de la filosofía de los derechos

---

26. C. Taylor *et al.*, *Multiculturalism*, Princeton, Princeton University Press, 1994.

humanos en distintos contextos culturales debe verse como un proceso en curso, un proceso de diálogo, ciertamente, y no un planteamiento alternativo (“esto o lo otro”).<sup>27</sup>

## 5. NORMAS INTERNACIONALES Y DERECHOS CULTURALES

En la Declaración Universal de Derechos Humanos no se hace ninguna mención a minorías o grupos humanos, a excepción de la familia. Cuando la Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas la estaba preparando entre 1946 y 1948, algunos Estados quisieron incorporar disposiciones específicas sobre los derechos culturales de las minorías. Sin embargo, prevaleció la opinión de que esta cuestión no estaba relacionada con los aspectos generales de los derechos humanos, sino más bien con la especificidad de algunas sociedades multiculturales. Eleanor Roosevelt, presidenta estadounidense de la Comisión, dijo explícitamente a este respecto: “Los derechos de las minorías son un problema específicamente europeo que no tiene relación con los derechos humanos en general.”<sup>28</sup> Habida cuenta de que la Comisión no fue capaz de llegar a un consenso sobre esta cuestión, en la Declaración Universal de Derechos Humanos se hace una referencia muy general al derecho individual a participar en la vida cultural de la comunidad y aportar su contribución a ella, lo cual ha dado lugar a distintas interpretaciones.

Es comprensible que la redacción de los pasajes de la Declaración Universal de Derechos Humanos relativos a los derechos culturales y los de las minorías no satisficiera a algunos Estados y a muchas personas. No obstante, conviene recordar que, en la época en que se adoptó la Declaración Universal, la Asamblea General aprobó una resolución no tan conocida en la que se declaraba que “las Naciones Unidas no pueden permanecer indiferentes a la suerte de las minorías” y que era “difícil encontrar una solución uniforme de esta compleja y delicada cuestión que presenta aspectos especiales en cada Estado donde se plantea”.<sup>29</sup> Por eso, la Asamblea General pidió a la

---

27. “Por ello precisamente es necesario para la comprensión de los derechos humanos un enfoque más dinámico en que se destaque la interacción y la determinación recíproca de los factores y relaciones ‘internos’ y ‘externos’, y en que se reconozca la función central que desempeña la acción y la conciencia humanas.” A.-B. Preis, “Human rights as cultural practice: an anthropological critique”, *Human Rights Quarterly*, vol. 18, n.º 2, 1996, pág. 313.

28. F. Ermacora, *Der Minderheitenschutz in der Arbeit der Vereinten Nationen*, Vienna-Stuttgart, W. Braumüller, 1964, pág. 32.

29. Véase Organización de las Naciones Unidas, *The United Nations and human rights*, Nueva York, Naciones Unidas, Departamento de Información, 1984, pág. 116.

Subcomisión de Prevención de Discriminaciones y Protección a las Minorías de la Comisión de Derechos Humanos que dedicase más tiempo al examen de esta cuestión. Tras cuatro décadas de debates, informes y negociaciones, la Declaración sobre los Derechos de las Personas Pertenecientes a Minorías Nacionales o Étnicas, Religiosas y Lingüísticas fue finalmente adoptada por la Asamblea General en su periodo de sesiones de 1992.

Uno de los escasos resultados concretos de los primeros debates celebrados en las Naciones Unidas sobre la cuestión de las minorías fue el artículo 27 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que reza como sigue:

En los Estados en que existan minorías étnicas, religiosas o lingüísticas, no se negará a las personas que pertenezcan a dichas minorías el derecho que les corresponde, en común con los demás miembros de su grupo, a tener su propia vida cultural, a profesar y practicar su religión y a emplear su propio idioma. Este artículo es el único en los instrumentos internacionales relativos a los derechos humanos que aborda específicamente la cuestión de los derechos culturales de las minorías. Se puede considerar que sus disposiciones constituyen un primer paso para el reconocimiento de los derechos de las minorías culturales, e incluso es posible que refleje una evolución de la consideración abstracta y universal de los derechos individuales de la persona humana hacia la noción de derechos de los grupos. No obstante, algunos observadores han señalado que a este artículo 27 le faltaban los elementos que necesita un instrumento internacional para garantizar la protección de las minorías y sus derechos culturales. Se han puesto de relieve, entre otras, las siguientes carencias.

En primer lugar, el artículo 27 comienza con esta fórmula: “En los Estados en que existan minorías étnicas, religiosas o lingüísticas”. Este enunciado deja en suspenso la cuestión de saber cómo definir cuáles son las minorías existentes, en qué Estados se hallan y quién va a definir las. Habida cuenta de que son los Estados los que preparan y firman los instrumentos internacionales para su propio uso, al quedar el “cómo” y el “quién” sin respuesta, el Pacto deja evidentemente toda latitud a los gobiernos para determinar si en su país hay o no minorías. Los Estados suelen negar, por intereses políticos, la existencia de minorías en su territorio, mientras que esas minorías aspiran a ser reconocidas y reivindican sus derechos culturales. Por ejemplo, los Estados latinoamericanos se han negado a admitir durante mucho tiempo la idea de que había minorías indígenas en sus territorios, si bien esta actitud ha ido cambiando con el correr de los años. El hecho de que no se haya reconocido a los kurdos la identidad de grupo cultural que han venido reivindicando ha conducido a graves violaciones de sus derechos humanos. Abundan los ejemplos de Estados que se niegan a admitir la existencia de minorías en sus territorios.

La segunda carencia del artículo 27 estriba en el hecho de que habla de personas pertenecientes a minorías y no de grupos minoritarios propiamente dichos. Los titulares del derecho proclamado en ese artículo no son los grupos, sino los individuos. Ahora bien, es evidente que el disfrute de ese derecho sólo es posible dentro del grupo al que pertenece el individuo. Si al grupo se le niega una identidad colectiva, se está restringiendo o negando el derecho del individuo.

El tercer problema que se plantea es la utilización de la forma negativa en la redacción del artículo, cuando se dice que a las personas que pertenezcan a las minorías “no se [les] negará el derecho ...”. El artículo 27 no establece literalmente ningún derecho efectivo ni positivo para las minorías, ni obligación alguna para que los Estados apliquen políticas con miras a fomentar los derechos culturales de las minorías. Se limita sencillamente a prohibir que los Estados nieguen esos derechos a las personas.

No obstante, se suele interpretar el contenido del artículo 27 en un sentido más positivo, especialmente por lo que se refiere a los derechos de las personas que forman parte de las poblaciones indígenas. En varias ocasiones, la Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas ha reconocido que este artículo “comprende determinados derechos económicos y sociales de las personas pertenecientes a las minorías, cuando se trata de actividades de índole económica y social que son fundamentales para la cultura de una comunidad étnica.”<sup>30</sup>

A pesar de esta interpretación positiva, las disposiciones del artículo 27 siguen siendo insuficientes para proteger y fomentar los derechos culturales de las minorías. Cuando el Estado no interviene, se puede comprobar que es general la tendencia histórica a destruir las culturas minoritarias a través de las relaciones de poder propias de las sociedades modernas, del sistema económico, de la influencia de la prensa y los medios de comunicación, y de las políticas educativas comunes. Por consiguiente, a no ser que se tomen en serio los derechos de las minorías y que los Estados establezcan dispositivos para fomentar activamente las culturas minoritarias, protegerlas y fortalecerlas, esas culturas seguirán desapareciendo aunque no se tenga el designio de destruirlas. Mientras no se adopten medidas apropiadas, seguiremos, cada vez con más frecuencia, siendo testigos de “destrucciones nacionales” camufladas como “construcciones nacionales” (en otras palabras, las “naciones” sociológicas cimentadas en identidades culturales comunes serán reemplazadas por “naciones” políticas identificadas con un “Estado”). Este proceso, como se dijo anteriormente, se conoce en el mundo entero con el nombre de “etnocidio”.

---

30. A. C. Bloch, “Minorities and indigenous peoples” en A. Eide, C. Krause y A. Rosas (comps.), *Economic, social and cultural rights*, Dordrecht, Martinus Nijhoff, 1995, pág. 315.

Es más positivo el planteamiento de la Declaración sobre los Derechos de las Personas Pertenecientes a Minorías Nacionales o Étnicas, Religiosas y Lingüísticas de las Naciones Unidas, que fue adoptada por la Asamblea General en 1992. En efecto, en su artículo 1 se proclama lo siguiente: “Los Estados protegerán la existencia y la identidad nacional o étnica, cultural, religiosa y lingüística de las minorías dentro de sus territorios respectivos y fomentarán las condiciones para la promoción de esa identidad.”<sup>31</sup>

No obstante, las disposiciones de esta Declaración distan mucho de garantizar los derechos colectivos de las minorías culturales. El artículo 4 se refiere a las medidas que han de adoptar los Estados “para crear condiciones favorables a fin de que las personas pertenecientes a las minorías puedan expresar sus características y desarrollar su cultura, idioma, religión, tradiciones y costumbres”, es decir, expresar su identidad. Sin embargo, añade la siguiente cláusula restrictiva: “salvo en los casos en que determinadas prácticas violen la legislación nacional y sean contrarias a las normas internacionales”.

Ya hemos visto anteriormente que las legislaciones nacionales suelen limitar los derechos culturales de las minorías nacionales. Esa restricción del artículo 4 plantea por lo tanto la cuestión del vínculo existente entre la legislación nacional y las normas internacionales relativas a los derechos humanos, comprendida la propia Declaración. Eide estima que:

Las limitaciones impuestas por la legislación nacional no deben exceder lo permitido en la legislación internacional relativa a los derechos humanos. Los Estados no pueden recurrir a sus legislaciones nacionales para impedir a los grupos minoritarios que desarrollen sus propias culturas, a no ser que éstas sean contrarias a las normas internacionales. De lo que se trata sobre todo es de impedir que [...] el desarrollo de una cultura se utilice para mantener tradiciones que violan los derechos humanos, por ejemplo la discriminación contra las mujeres, los matrimonios impuestos, el mantenimiento de los sistemas de castas u otras formas de discriminación sistemáticas, como la excisión y demás formas de violación de las normas internacionales. Lo que se destaca es algo esencial en todas las cuestiones de adaptación, a saber: que los grupos no pueden exigir que se preserven los aspectos de su cultura e identidad que sean incompatibles con las normas universales.<sup>32</sup>

En este caso, el peligro estriba en que una entidad ajena pretenda erigirse en juez de la cultura de otros pueblos. La historia reciente rechaza categóricamente esto, porque va

31. Resolución 47/135 de la Asamblea General, 18 de diciembre de 1992.

32. A. Eide, *Peaceful and constructive resolution of situations involving minorities*, Oslo, Instituto Noruego de Derechos Humanos, 1994.

a todas luces contra el derecho de los pueblos a la libre determinación. No obstante, las cuestiones planteadas por Eide son de suma importancia porque ponen de relieve la tensión que de por sí se produce entre los derechos de la persona humana universalmente admitidos y los derechos colectivos de los pueblos y grupos. Desde el punto de vista de los derechos humanos en el plano internacional, la regla imperante debe ser que los derechos humanos individuales prevalezcan cada vez que se vean amenazados por los derechos de los grupos, comprendidos los derechos culturales. No obstante, ni qué decir tiene que no hay un consenso universal a este respecto. Habermas dice muy pertinentemente que “una teoría de los derechos bien entendida exige una política de reconocimiento que proteja la integridad del individuo en aquellas situaciones reales en que se forja su identidad”.<sup>33</sup>

Uno de los casos que viene suscitando más interés en estos últimos años es el de los derechos de las poblaciones indígenas, que se han definido como grupos humanos descendientes de los que poblaban un territorio antes de la llegada de conquistadores o colonos de otras sociedades a las que quedaron sometidos. A diferencia de las naciones que recobraron su soberanía política durante el proceso de descolonización de las últimas décadas, las poblaciones indígenas del mundo entero, a las que a menudo se ha discriminado y marginado rigurosamente, negándoseles con frecuencia la plena ciudadanía, no sólo reclaman la igualdad de derechos con los demás ciudadanos, sino que también reivindican el reconocimiento de su identidad colectiva, es decir, su identidad cultural, su organización social, sus vínculos con sus respectivos territorios y su inserción en la sociedad en pie de igualdad. Los derechos culturales colectivos constituyen una parte importante de las reivindicaciones de los grupos indígenas. Algunos Estados han empezado a reconocer esos derechos (por ejemplo, Australia, Bolivia, Canadá y Noruega), mientras que otros (como Brasil, la India y México) se resisten a reconocerlos y hacen hincapié en el concepto de la nación “cívica” como agrupación de la totalidad de los ciudadanos, negándose a reconocer la existencia de identidades colectivas subnacionales en el plano jurídico y político.

El Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo es uno de los pocos instrumentos jurídicos internacionales que menciona explícitamente a las poblaciones autóctonas. Actualmente se está debatiendo en la Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas un Proyecto de Declaración sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, que comprende los derechos culturales y que debe ser adoptado por la Asamblea General antes de que finalice el Decenio Internacional de las Poblaciones Indígenas.

---

33. J. Habermas, “Struggles for recognition in the democratic constitutional state”, en Taylor *et al.* (comps.), *Multiculturalism*, Princeton, Princeton University Press, 1994, pág. 13.



ciones Indígenas del Mundo en 2004.<sup>34</sup> La Organización de los Estados Americanos (OEA) estudia una declaración análoga para las Américas. Mientras que las organizaciones indígenas desean que se las llame pueblos, hay muchos Estados que rechazan este término por las implicaciones que puede tener en la esfera del derecho internacional, sobre todo por lo que respecta al derecho de libre determinación de los pueblos, que los Estados no se muestran dispuestos a otorgar a las poblaciones indígenas ni a las minorías. Los derechos de los pueblos indígenas son esencialmente de índole cultural.

## 6. DERECHOS CULTURALES Y POLÍTICA DE LOS ESTADOS

¿Cómo tratan los Estados estas cuestiones? En la mayoría de los países en que existen minorías, las políticas estatales están encaminadas a asimilarlas o incorporarlas al modelo dominante de la cultura nacional. En algunos casos, ese objetivo puede ser compartido. En los países de inmigración, cuya población procede de distintas partes del mundo, los inmigrantes pueden desear efectivamente deshacerse de sus tradiciones y pasar a formar parte del nuevo crisol de culturas *melting pot*. No obstante, este concepto del crisol cultural está siendo cada vez más criticado, hasta en las sociedades que lo han defendido durante generaciones. Ocurre con demasiada frecuencia que las políticas de integración nacional y desarrollo cultural nacional conllevan en la práctica una política de etnocidio, es decir de destrucción deliberada de los grupos culturales.

El etnocidio es tan condenable como el genocidio, pese a que no implica la destrucción física de las poblaciones. Cuando se estaba debatiendo en las Naciones Unidas la Convención para la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio, se discutió mucho si era necesario definir el “genocidio cultural”, pero este debate quedó interrumpido por los difíciles problemas que entrañaba. Hoy en día, se ha llegado a admitir que la noción de etnocidio se puede definir como un proceso de destrucción cultural deliberada, aunque todavía no se haya incorporado a ningún instrumento jurídico internacional.

Por consiguiente, si el etnocidio existe, podemos hablar de un derecho al “antietnocidio” mediante el “etnodesarrollo”, es decir de políticas concebidas para proteger, promover y favorecer la cultura de los grupos étnicos no dominantes dentro de la sociedad, en el marco del Estado nación o del Estado plurinacional. El “etnodesarrollo” podría ser un aspecto del “derecho al desarrollo” que la Asamblea General de las Naciones Unidas proclamó en 1986.

---

34. Véase el texto de este proyecto en el apéndice A.



El desarrollo cultural de los pueblos, ya sean minoritarios o mayoritarios, se debe contemplar en el marco del derecho de los pueblos a la libre determinación que, según las normas internacionales admitidas, es el derecho humano sin el cual ningún otro puede ejercerse efectivamente. Conviene recordar que los respectivos artículos 1 de los Pactos Internacionales relativos a los derechos humanos plantean en términos idénticos el derecho de los pueblos a la libre determinación. Sin embargo, no existe unanimidad en la comunidad internacional sobre quiénes son los titulares efectivos de ese derecho a la libre determinación ni tampoco lo que éste implica en distintos contextos.<sup>35</sup>

Por regla general, se supone que las poblaciones de los territorios carentes de autonomía tienen derecho a decidir si desean o no convertirse en Estados independientes, de la misma manera que éstos tienen derecho a conservar su independencia. Esto se denomina “libre determinación externa”. No obstante, la cuestión de la libre determinación se presenta de modo muy diferente para los grupos étnicos y culturales que viven dentro de Estados soberanos; en efecto, salvo en circunstancias excepcionales, el derecho internacional no reconoce a esas minorías el derecho a la libre determinación si se entiende como secesión o creación de un nuevo Estado independiente.

A pesar de todo, está obteniendo un apoyo cada vez mayor la idea de que las minorías tienen derecho a una libre determinación interna más bien de índole cultural que territorial y al mantenimiento y protección de su idiosincrasia dentro del conjunto de la sociedad nacional, a veces en un marco de autonomía. Sin embargo, la polémica a este respecto sigue siendo muy intensa.<sup>36</sup> En efecto, el principal temor de los gobiernos es que el derecho a la libre determinación de las poblaciones minoritarias se entienda en el sentido de un derecho a la plena independencia política y que ello acarree movimientos de irredentismo, secesión o autonomía política con la consiguiente desintegración de los Estados existentes. Por eso, hoy en día los intereses de los Estados siguen prevaleciendo sobre los derechos humanos de los pueblos. Algunos Estados recurren incluso al argumento del “relativismo cultural” para menoscabar los derechos humanos en sus territorios o atentar contra ellos.<sup>37</sup>

---

35. Véase C. Tomuschat (comp.), *Modern law of self-determination*, Dordrecht, Martinus Nijhoff, 1993.

36. Hannum, 1990; R. Stavenhagen, “Self-determination: right or demon?”, *Stanford Journal of International Affairs*, vol. 2, n.º 2, 1993, págs. 1-12; Tomuschat, *op. cit.*

37. Este es el argumento de Pollis cuando compara la situación de los derechos humanos en África y Asia, en donde se ha hecho un gran hincapié en la “diferencia cultural”. A. Pollis, “Cultural relativism revisited: through a state prism”, *Human Rights Quarterly*, vol. 18, n.º 2, 1996.

## 7. PUEBLOS INDÍGENAS: ALEGATO EN FAVOR DE LOS DERECHOS CULTURALES

La lucha por los derechos de los pueblos indígenas ilustra perfectamente algunos de los aspectos expuestos en el presente artículo. Me referiré brevemente a los cuarenta millones de indígenas de las Américas, y más concretamente de América Latina, en donde se han llegado a identificar más de cuatrocientos grupos diferentes.<sup>38</sup> Las Naciones Unidas han dado la siguiente definición de poblaciones indígenas:

Son comunidades, pueblos y naciones indígenas los que, teniendo una continuidad histórica con las sociedades anteriores a la invasión y precoloniales que se desarrollaron en sus territorios, se consideran distintos de otros sectores de las sociedades que ahora prevalecen en esos territorios o en partes de ellos. Constituyen ahora sectores no dominantes de la sociedad y tienen la determinación de preservar, desarrollar y transmitir a futuras generaciones sus territorios ancestrales y su identidad étnica como base de su existencia continuada como pueblo, de acuerdo con sus propios patrones culturales, sus instituciones sociales y sus sistemas legales.<sup>39</sup>

Desde 1982, el Grupo de Trabajo sobre Poblaciones Indígenas de la Subcomisión de las Naciones Unidas de Prevención de Discriminaciones y Protección a las Minorías está preparando una Declaración sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, que debe ser presentada a la Asamblea General antes de que finalice el Decenio Internacional de las Poblaciones Indígenas del Mundo. Muchas organizaciones indígenas del mundo entero han participado en la preparación de este documento, junto con representantes de los gobiernos. En esta Declaración ocupan un lugar destacado los derechos culturales, por ejemplo el derecho de los pueblos indígenas a protegerse contra el genocidio cultural y el etnocidio, “así como el derecho a la restitución de los bienes

38. Se estima que, en el mundo, los pueblos indígenas suman entre unos cien y doscientos millones, que se concentran sobre todo en Asia meridional (donde se denominan “poblaciones tribales”). También los encontramos en África, Europa y el Pacífico, así como en las Américas.

39. Naciones Unidas, E/CN.4/Sub.2/1986/7/Add.4. Se trata de una definición propuesta por el relator especial, J. M. Cobo, en un documento titulado “Estudio del problema de la discriminación contra los pueblos indígenas” preparado para la Subcomisión de Prevención de Discriminaciones y Protección a las Minorías de las Naciones Unidas. Esta definición se ha adoptado completa o parcialmente en algunos documentos de las Naciones Unidas, en especial en el Proyecto de Declaración sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas.

culturales, intelectuales, religiosos y espirituales de que han sido privados sin su consentimiento libre e informado o en violación de sus leyes, tradiciones y costumbres”. El derecho de propiedad intelectual de los pueblos indígenas comprende:

Ciencias, tecnologías y manifestaciones culturales, comprendidos los recursos humanos y los recursos genéticos, las semillas, las medicinas, el conocimiento de las propiedades de la fauna y la flora, las tradiciones orales, las literaturas, los diseños y las artes gráficas y dramáticas, que la Relatora Especial de las Naciones Unidas describe como “patrimonio cultural” suyo.<sup>40</sup>

Cabe señalar que todos estos elementos entran en el marco de lo que hemos convenido en llamar “derechos culturales colectivos”.<sup>41</sup>

Aunque el Proyecto de Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas no sea todavía un instrumento jurídico internacional,<sup>42</sup> el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo sí lo es, ya que ha sido ratificado por algunos Estados desde su adopción en la Conferencia General de esta Organización celebrada en 1989. El Convenio 169 estipula que los pueblos indígenas “deberán tener el derecho de conservar sus costumbres e instituciones propias, siempre que éstas no sean incompatibles con los derechos fundamentales definidos por el sistema jurídico nacional ni con los derechos humanos internacionalmente reconocidos”.

Las luchas por los derechos de los pueblos indígenas se amparan en estos documentos internacionales que proporcionan un marco a instrumentos regionales más específicos sobre los derechos humanos, así como a nuevas legislaciones nacionales que se están preparando en algunos países latinoamericanos.<sup>43</sup> Durante siglos, los pueblos indígenas de América Latina fueron oprimidos, explotados y marginados por regímenes coloniales inflexibles. Durante el periodo de la independencia, es decir desde principios del siglo XIX, esas poblaciones constituyeron una infracategoría social (campesinos pobres dedicados a la agricultura de subsistencia, trabajadores itinerantes y peones del campo reducidos prácticamente a la condición de siervos) descuidada y

---

40. Naciones Unidas, E/CN.4/Sub.2/2/1993/28.

41. Para un análisis teórico de los derechos de los pueblos indígenas, véase R. Stavenhagen, “Indigenous rights: some conceptual problems” en E. Jelin y E. Hershberg (comps.), *Constructing democracy: human rights, citizenship and society in Latin America*, Boulder, Westview Press, 1996.

42. Todavía se seguía debatiendo en 1998, en el seno de un grupo de trabajo de participación abierta de la Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas.

43. La Organización de los Estados Americanos está preparando un proyecto de declaración regional sobre los derechos de los indígenas.

dejada de lado por las clases dirigentes, que estaban absorbidas por la idea de construir un Estado nación moderno. Los Estados latinoamericanos se han edificado gracias al trabajo de los indígenas; y aunque en algunos países se les ha reconocido oficialmente la igualdad de derechos cívicos, se han visto privados de la mayor parte de los atributos de la plena ciudadanía. En el siglo xx, las políticas gubernamentales intentaron con cierto éxito asimilar a las poblaciones indígenas e integrarlas en un modelo dominante, que por supuesto no era indio. Pese a todo, las identidades indias han sobrevivido y perdurado, y en algunos casos han incluso prosperado. En Bolivia y Guatemala, las poblaciones indias son demográficamente mayoritarias. En otros países, como Ecuador, México y el Perú, constituyen minorías importantes, especialmente en algunas regiones en las que su densidad demográfica es elevada.

Los indios ya no forman una población exclusivamente rural; en efecto, las mutaciones económicas y las inmigraciones masivas les han llevado en número cada vez mayor a las zonas urbanas, donde sus identidades se transforman rápidamente.

En estas circunstancias, sólo fue cuestión de dejar correr el tiempo para que los indígenas comenzaran a organizarse en el plano social y político a fin de reivindicar sus derechos fundamentales, cuestionar las políticas gubernamentales establecidas y exigir una representación adecuada en las estructuras políticas. Este proceso de organización se inició en los años sesenta y setenta, y en el espacio de dos décadas los pueblos indígenas se convirtieron en nuevos protagonistas de la vida social y política de América Latina. La reivindicación de sus derechos culturales ha llegado a ser un importante factor de movilización para reclamar el reconocimiento de su identidad, el uso de su lengua, una educación bilingüe y multicultural, el acceso a los medios de comunicación, la protección de sus bienes intelectuales y de su patrimonio cultural, el control de sus recursos naturales, el respeto de su organización social y política tradicional, y el reconocimiento de sus sistemas jurídicos consuetudinarios en el marco más amplio de las legislaciones nacionales.

Entre las reivindicaciones más apremiantes de las organizaciones indígenas de América Latina figuran el derecho de los pueblos a la libre determinación y el derecho a la autonomía. En la versión original en inglés de la Declaración de la Conferencia Mundial de Derechos Humanos celebrada en Viena en 1993, se utiliza la expresión "*indigenous people*", en singular, y no el plural "*peoples*", lo cual constituye una diferencia semántica de gran importancia política para las organizaciones indígenas. Como el derecho internacional no concede el derecho a la libre determinación a las poblaciones indígenas, ni tampoco a las minorías, los Estados tratan de evitar que en los instrumentos jurídicos internacionales se utilice la expresión "*indigenous peoples*", en plural. Por motivos opuestos, las organizaciones indígenas insisten en este punto. En América Latina, todas estas cuestiones son objeto de controversias políticas,

en las que los indios están desempeñando un papel político e intelectual cada vez más importante.<sup>44</sup>

Argentina, Bolivia, el Brasil, Colombia, Nicaragua y el Paraguay son algunos de los países que, desde principios de los años ochenta, han adoptado nuevas constituciones o enmiendas constitucionales en las que se hace referencia a los derechos culturales de los indígenas. Otros Estados han promulgado disposiciones legislativas de mayor o menor alcance con respecto a sus respectivas poblaciones indígenas. En Guatemala, después de un acuerdo de paz arduamente negociado, se ha puesto fin a una guerra civil de treinta años en la que las poblaciones indígenas mayoritarias fueron a un tiempo víctimas y protagonistas. Los derechos culturales de los pueblos indígenas son un elemento esencial de ese acuerdo. En México, los campesinos indígenas de Chiapas, que se levantaron en armas contra el gobierno nacional en 1994, han reivindicado su autonomía y sus derechos culturales en las negociaciones de paz que, a mediados de 1998, todavía no habían desembocado en una solución. Se han dado muchos casos en el plano local y regional, en los que se han hecho efectivos uno o varios derechos culturales colectivos, especialmente en el ámbito de las lenguas y las políticas educativas. En cambio, la situación se presenta más compleja y difícil con respecto a los derechos territoriales, el control de los recursos naturales y las cuestiones relacionadas con la propiedad intelectual y el derecho consuetudinario.

## 8. CONCLUSIÓN: HACIA UNA CIUDADANÍA MULTICULTURAL

En la pugna de las naciones latinoamericanas por definir nuevas relaciones con los pueblos indígenas, lo cual en definitiva equivale a definirse ellas mismas, se ha llegado a imponer una idea útil: la de la ciudadanía cultural o multicultural. Entiendo por tal el reconocimiento de los pueblos indígenas como poblaciones que poseen una condición jurídica propia y el derecho a la libre determinación, o sea: el reconocimiento de las comunidades indígenas como personas de derecho público con derechos autónomos, así como el de sus lenguas en calidad de lenguas nacionales; la delimitación de sus territorios protegidos; el derecho a administrar sus recursos y sus proyectos de desarrollo; el respeto a sus normas internas de administración local y a sus sistemas jurídicos consuetudinarios, así como a su libertad cultural y religiosa en el seno de la comunidad; y su participación y representación política en el plano regional y

---

44. R. Stavenhagen, "Indigenous peoples: emerging actors in Latin America", en *Ethnic conflict and governance in comparative perspective*, Washington, Woodrow Wilson International Center for Scholars, 1995 (Documento de trabajo 215).

nacional. No se trata solamente de garantizar derechos individuales y colectivos en el marco de las estructuras nacionales ya existentes, sino de volver a definir los conceptos mismos de Estado y de nación. Para los pueblos indígenas, la ciudadanía cultural tiene que referirse a dos principios esenciales: la unidad del Estado democrático y el respeto de los derechos de la persona humana en el seno de las colectividades y entidades autónomas que pudieran establecerse. Ni el liberalismo individualista puro, ni la estructura corporativa de un modelo de Estado centralista (como el que existe en América Latina), pueden satisfacer las exigencias de una ciudadanía multicultural, que tan sólo puede convertirse en realidad mediante la práctica de la democracia, el diálogo, la tolerancia y el respeto mutuo.

Los argumentos en favor de la creación de una ciudadanía cultural o multicultural han surgido en el contexto de algunas de las cuestiones mencionadas anteriormente y representan un enfoque constructivo de los derechos culturales de los grupos dentro del Estado nación moderno. El antropólogo Renato Rosaldo y sus colegas han defendido, por ejemplo, la necesidad de una ciudadanía cultural para las poblaciones hispánicas de los Estados Unidos, lo cual supone reivindicar y reconstruir espacios sociales y geográficos para las comunidades de “latinos”.

La ciudadanía cultural funciona en un ámbito de disparidades estructurales en el que las pretensiones de los grupos dominantes a una ciudadanía universal implican un sujeto identificado con el individuo varón, heterosexual, blanco y propietario; y, por regla general, esos grupos se niegan a ver que esta identificación excluye y margina a las poblaciones de sexo, raza, sexualidad o edad diferentes. La ciudadanía cultural no sólo tiene que ver con las exclusiones y marginaciones de los grupos dominantes, sino también con las aspiraciones de los grupos subordinados y sus definiciones de la liberación.<sup>45</sup>

Además, la ciudadanía cultural supone el logro de una autonomía, “un proceso de elaboración, instauración y afirmación de derechos humanos, sociales y culturales”. Tiene que percibirse como “una amplia variedad de actividades cotidianas mediante las cuales los ‘latinos’ y otros grupos exigen un puesto en la sociedad y, finalmente, reivindican sus derechos [...] y también como un elemento que toma en consideración un potencial de oposición a la sociedad, así como de reestructuración y reorganización de ésta”.<sup>46</sup>

---

45. R. Rosaldo, “Cultural citizenship, inequality and multiculturalism”, en W. V. Flores y R. Benmayor (comps.), *Latino cultural citizenship*, Boston, Beacon Press, 1997, pág. 37. Flores y Benmayor añaden lo siguiente: “Para los ‘latinos’, la comunidad es esencial para sobrevivir, no sólo en términos de vecindad o de localización geográfica, sino también en términos de identidad colectiva [...] Los ‘latinos’ se han organizado a escala de barrio o ciudad para conservar la identidad cultural, sobrevivir como grupo y estar representados políticamente.”

46. Flores y Benmayor, *op. cit.*, págs. 14 y 15.

De manera similar, el historiador peruano Rodrigo Montoya propone que se reconozca la “ciudadanía étnica” a los pueblos indígenas que desean utilizar su lengua materna y reproducir su propia cultura en el seno de la sociedad.<sup>47</sup>

Desde el punto de vista de la teoría política, Kymlicka aboga por una suerte de ciudadanía diferenciada en sociedades multiculturales como la del Canadá, en la que se deberían reconocer las distintas identidades para lograr la integración y el fortalecimiento de una nación frágil en vez de fragmentarla. A este respecto, dice: “Para garantizar la unidad social, no basta la existencia de unos valores comunes [...] Al parecer, el elemento que falta es la noción de *identidad compartida* [que] proviene de una comunidad histórica, lingüística y, quizás también, religiosa. Ahora bien, estos aspectos son precisamente los que no todos comparten en un Estado multinacional.” Kymlicka llama a los Estados liberales a “garantizar la igualdad *entre* los grupos, y la libertad e igualdad *dentro* de cada uno de ellos”.<sup>48</sup> De igual modo, el filósofo Charles Taylor considera que “el liberalismo no puede lograr una total neutralidad cultural, ni tampoco debe pretender alcanzarla”, y propone una política de “reconocimiento recíproco” en las sociedades multiculturales.<sup>49</sup> Spinner propugna, con la misma perspectiva liberal, una forma de “integración pluralista” de los grupos de culturas distintas en los Estados Unidos.<sup>50</sup>

Los derechos culturales de los distintos grupos étnicos de los Estados existentes se pueden contemplar en el marco de las luchas étnicas y nacionalistas, o bien desde la óptica de la ciudadanía liberal. El hecho de que las reivindicaciones de los derechos culturales entren en una u otra de estas dos categorías depende de las circunstancias específicas, y además no es forzoso que ambas categorías se excluyan mutuamente. El pluralismo es tan sólo una de las políticas que pueden satisfacer las reivindicaciones relativas a la diferencia cultural. En cambio, la ciudadanía cultural representa un marco distinto, que promete una mayor afirmación y participación de las comunidades desfavorecidas, en un momento en que a los Estados naciones se les está planteando el reto de reexaminar la imagen tradicional que tienen de sí mismos y que a menudo han consignado en sus legislaciones.

---

47. R. Montoya, “La ciudadanía étnica como un nuevo fragmento en la utopía de la libertad”, en González Casanova y P. y M. Roitman Rosenman (comps.), *Democracia y Estado multiétnico en América Latina*, México, UNAM, 1996.

48. W. Kymlicka, *Multicultural citizenship*, Oxford, Clarendon Press, 1995, págs. 118-194.

49. Taylor *et al.*, *op. cit.*, págs. 62-73.

50. G. Spinner, *The boundaries of citizenship. Race, ethnicity, and nationality in the liberal state*, Baltimore, Johns Hopkins University Press, 1994.





# SOBRE LA LIBERTAD DEL AUTOR Y DEL ARTISTA

Emmanuel Decaux

## 1. INTRODUCCIÓN

“En agosto de 1966 fui marginado y tildado de reaccionario notorio [...] Mis catorce libros fueron censurados. Fui objeto de críticas tanto en reuniones populares como en la televisión. Me despojaron de mis derechos políticos y se me prohibió escribir. Varios lectores me escribieron expresándome su apoyo y simpatía, lo que no hizo más que exacerbar las críticas formuladas contra mí [...] Al comienzo de la Revolución Cultural, trabajaba en la Sociedad de Escritores barriendo, sirviendo en la cantina y, ocasionalmente, ocupándome de alcantarillas y lavabos tapados. Entre octubre de 1966 y comienzos de 1970 fui obligado a proceder a una autocrítica, por escrito y por televisión. Más tarde, a partir de 1970, pasé dos años y medio en la Escuela 7 de Mayo para funcionarios del Partido, donde cultivaba hortalizas, pero podía ir a casa una vez por mes.” Esto escribía en 1978 –a la edad de 74 años– el gran novelista Pa Kin<sup>1</sup> tras un silencio forzoso que duró once años. Proseguía exponiendo algunos de sus planes para el futuro: “Quisiera describir, indirectamente, la vida de los escritores que han sufrido. Lo esencial para mí es acusar, expresar mi indignación: escribir sobre la situación de un escritor durante esos años difíciles, pero en consonancia con el presidente Mao.”<sup>2</sup>

Kornei Chukovsky,<sup>3</sup> quien se mantuvo firme como una roca a lo largo de la violenta tempestad soviética, apuntó en 1962 en su *Diario* una visita entre varias: “Arkadi

---

1. Pa Kin, nacido en 1904. Uno de los escritores más populares de la China del siglo xx. Autoproclamado anarquista, vivió en Francia de 1927 a 1929 y fue silenciado durante la Revolución Cultural. Fue dos veces candidato al Premio Nobel de Literatura.

2. Entrevista con la Agence France Presse. Citado en el prefacio de la edición francesa de la novela de Pa Kin, *Famille*, París, Livre de Poche, 1979.

3. Kornei Chukovsky (1887-1969), crítico literario ruso, teórico del lenguaje y traductor. Se le suele considerar el primer escritor moderno ruso para niños.

Belinkov<sup>4</sup> vino a casa. Estaba lívido. Se quedó largo rato en silencio, incapaz de pronunciar una palabra. Luego, sollozando, me dijo que ya no podía escribir. Había empezado un libro sobre la vida de Anna Ajmátova,<sup>5</sup> y llevaba escritas más de quinientas páginas cuando de pronto, su cerebro se había paralizado. Desde entonces había sido incapaz de trabajar el borrador para convertirlo en un texto publicable. ‘Sabe usted,’ dijo, ‘cuando me arrestaron, se incautaron de cinco de mis libros, cinco manuscritos, y los destruyeron. En los últimos quince años, desde que volví del exilio, nunca dejé de trabajar; me presenté nuevamente a los exámenes del Instituto de Literatura para obtener el diploma que debería haber conseguido antes de ser arrestado’. Se detuvo, las lágrimas le impedían hablar. Me dio a leer las primeras páginas de su obra sobre Ajmátova, en las que había escrito que los gobiernos siempre han oprimido a los artistas, que es una ley eterna [...].”<sup>6</sup>

Es interminable la lista de genios y otras categorías que figuran en el martirologio de vidas arruinadas y obras mutiladas. La Federación Internacional PEN publicó, con un prefacio de Joseph Brodsky,<sup>7</sup> *This prison where I live*, una antología de reseñas contemporáneas, de Arthur Koestler<sup>8</sup> a Václav Havel, de Varlam Shalamov<sup>9</sup> a Nazim Hikmet,<sup>10</sup> y de Jorge Valls Arango<sup>11</sup> a Wole Soyinka. “Estos 49 escritores

4. Arkadi Belinkov (1921-1970), escritor y crítico, sobreviviente del Gulag, murió en el exilio.

5. Anna Ajmátova (1889-1966), poetisa rusa, desterrada entre 1923 y 1940, censurada en 1946, gradualmente rehabilitada tras la muerte de Stalin y ahora considerada como la poetisa rusa más importante.

6. Edición francesa: Kornei Tchoukovsky, *Journal*, vol. 2, 1930-1969, Fayard, 1998.

7. Joseph Brodsky (1940-1996) fue galardonado con el Premio Nobel de Literatura en 1987 por su importante obra poética, lírica y elegíaca. Acusado de “parasitismo social” por las autoridades soviéticas y condenado en 1964 a cinco años de trabajos forzados, se exiló en 1972 y adquirió la ciudadanía estadounidense en 1977.

8. Arthur Koestler (1905-1983), novelista, periodista y crítico británico nacido en Hungría, conocido principalmente por *Darkness at noon* [El cero y el infinito] (1940). Fue encarcelado por los fascistas durante la guerra civil española.

9. Varlam Shalamov (1907-1982), escritor y poeta ruso que evoca en su gran obra *Kolima* los diecisiete años que pasó en un campo de prisioneros en Siberia.

10. Nazim Hikmet (1902-1963), poeta, fue una de las personalidades más importantes e influyentes en la literatura turca del siglo xx. En 1951 se fue de Turquía, adonde nunca regresó, tras haber cumplido una prolongada condena de prisión por sus actividades radicales y subversivas. Vivió en la Unión Soviética y en Europa oriental donde siguió trabajando en pro de los ideales comunistas.

11. Jorge Valls Arango, nacido en 1933. Poeta cubano que participó en la revolución cubana y fue posteriormente encarcelado durante veinte años por Castro. Vive en el exilio en los Estados Unidos de América.

–tanto conocidos como desconocidos– fueron enviados a la cárcel por sus opiniones. Escribieron sobre panes de jabón, garrapatearon versos en los muros, entre las líneas de un libro o en papel higiénico... En los helados inviernos de China, Polonia y Siberia, en el sofocante calor de África y Cuba, en confinamiento solitario o en el hacinamiento de las celdas pasaron tres meses, cuatro años, veinte años.<sup>12</sup>

Ante estos testimonios, más extremos que todo lo que se pueda conocer en literatura, el derecho está obligado a reconocer sus propias limitaciones, pero también su cometido. ¿Cómo se puede hablar de la libertad del artista en términos jurídicos?

## 2. EL ARTE, EL DERECHO Y LA LIBERTAD

El arte no se puede definir en términos generales, menos aún jurídicos. Es un reino sin fronteras, mientras que el derecho es un conjunto organizado de códigos, reglamentaciones y límites. El arte verdadero pone constantemente todo en tela de juicio, mientras que el derecho, basándose en el pasado, es la ciencia del precedente, el guardián del orden, el garante de los órdenes. Todo parece oponerlos.

Asimismo, las escasas áreas de contacto entre el arte y el derecho pueden parecer superficiales. Los deconstructivistas que actualmente estudian sus relaciones ocultas nos enseñan mucho más sobre la imagen que da el derecho –a través de las obras de Shakespeare o el sistema simbólico de la justicia– y sobre sus representaciones<sup>13</sup> que acerca de la naturaleza del arte. El “arte legislativo”, al igual que toda la legislación sobre el arte –el régimen jurídico de las instituciones, las políticas y los bienes culturales–, es una mera facilidad lingüística, por no decir un cabal abuso de lenguaje. ¿Puede existir realmente algo como un “Estado cultural”?, se preguntaba Marc Fumarioli, poniendo en tela de juicio la tradición francesa del mecenazgo de Estado.<sup>14</sup> Si se hace caso omiso del Estado y de todas sus órdenes y directrices, ¿podría ser que la primera y última palabra de la creación artística fuera “libertad”?

¿Cómo se pueden establecer límites jurídicos a la libertad artística que, por su vocación misma, supone innovación, inventiva, transgresión y aventura personal? La

12. Del prefacio de Laurence Deonna y Marie Guimard a la edición francesa de *This prison where I live*, publicada por el Centre suisse romand de la Federación Internacional PEN, *Écrivains en prison*, Ginebra, Labor et Fides, 1997.

13. Véase, por ejemplo, el brillante ensayo de François Ost, “L’amour de la loi parfaite”, pág. 53, que traslada al ámbito jurídico la obra de Umberto Eco sobre la búsqueda del lenguaje perfecto, en *L’amour des lois*, UQAM, Josiane Yacoub *et al.* (comp.), Presses de l’Université de Laval, L’Harmattan, 1996.

14. *L’État culturel, Essai sur une religion moderne*, París, Éd. de Fallois, 1991.

libertad creadora del artista se relaciona mucho más con la del lector o espectador a través de un diálogo intelectual que se produce fuera de los límites del tiempo y el espacio, en esa dimensión en que Montaigne responde a Borges.<sup>15</sup> El arte es la encarnación de la vivificante libertad de una cultura, que prospera a partir de la experiencia singular de los individuos, quienes a su vez pasan a ser los “creadores” de su propio universo, tanto solitarios como unidos en la solidaridad, a un tiempo actores de su propia identidad cultural y depositarios de un “patrimonio común”.

Ahora bien, ¿se puede realmente construir el arte fuera de la sociedad, si no contra ella? Según la visión romántica, el arte tiene que ser subversivo para merecer ese nombre. Volviendo la espalda al servilismo pomposo del arte oficial y a las banalidades descoloridas del academicismo, el arte guía a la Libertad para conquistar las barricadas y acumular honores. El poeta se desliza de la revolución artística a la rebelión política, como escribió Víctor Hugo en “Las contemplaciones”:

*Desaté un viento revolucionario  
y puse un gorro frigio al diccionario.*

Los procesos entablados durante el Segundo Imperio contra Baudelaire, el poeta de *Las flores del mal*, y Flaubert, el autor de *Madame Bovary* –aunque ambos eran tenaces conservadores y defensores del ideal de “el arte por el arte”, desde su “torre de marfil” muy alejada de cualquier forma de “compromiso” político– muestran que existe una división radical entre la libertad creadora y el conformismo social. La idea misma de pintar escandaliza a algunos tradicionalistas, pero hoy en día los museos están colmados de telas del “*Salon des refusés*”. Pese a la acción retrógrada del autoritarismo y el academicismo, el siglo XIX sigue siendo la era de la conquista de la libertad en todas las esferas, la del triunfo del “arte libre”.<sup>16</sup>

Apenas conquistada –y mientras el psicoanálisis y el surrealismo abren nuevos horizontes–, la libertad se verá inmediatamente amenazada por nuevos peligros. El puritanismo anglosajón, siempre vigilante, proscribió a D. H. Lawrence y James Joyce. Pero las acusaciones contra la literatura se sitúan sobre todo en el plano político. Con sus totalitarismos, el siglo XX se convierte en la era de una nueva Inquisición: se queman libros y se destruyen muestras del “arte degenerado”; algunos de los artistas creadores más importantes, de Vladimir Nabokov a Robert Musil,<sup>17</sup>

15. Jorge Luis Borges (1899-1986), poeta, ensayista y autor de cuentos. Cuando Perón llegó al poder, Borges fue despedido de su cargo de bibliotecario por haber expresado apoyo a los aliados en la Segunda Guerra Mundial.

16. Benedetto Croce, *Histoire de l'Europe au XIX<sup>e</sup> siècle*, Folio Essais, 1994.

17. Robert Musil (1880-1942), novelista austro-alemán muy conocido por su monumental novela inconclusa *Der Mann ohne Eigenschaften* [El hombre sin atributos].

deben exilarse; las voces más puras y libres, como las de Osip Mandelstam<sup>18</sup> y Mijail Bulgakov, son acalladas para siempre, y escritores como Boris Pasternak y Anna Ajmátova son reducidos al silencio durante largos periodos. Los poemas susurrados en secreto se convierten en la última afirmación de la libertad, un acto imperdonable de desafío para los dictadores que habitan la noche. Frente al poder absoluto, todo artista está condenado al exilio interior. Frente al desastre absoluto, todo sobreviviente está condenado a muerte, como Primo Levi y Paul Celan.<sup>19</sup> Nina Berberova,<sup>20</sup> en la encrucijada de las tragedias del siglo, escribe en 1983 en uno de sus últimos poemas:

*Si es cierto que Auschwitz existió realmente  
Y también el gulag e Hiroshima  
No puedes decir: ¡sigamos nuestro camino!  
No puedes decir: ¡he olvidado todo!  
¡No trates de hacerte a un lado: estabas allí!*<sup>21</sup>

Ya no hay arte por amor al arte, ni se buscan certidumbres definitivas, fuera del tiempo, sino una historia en crisis en que el arte queda suspendido. Solamente en este contexto se puede tratar de comprender el lugar de la libertad –comprendida la libertad del artista– en el mundo actual.

La libertad ha de ser conquistada y defendida constantemente. Además de las numerosas actividades de la UNESCO y el Consejo de Europa, cabe mencionar en especial el Simposio de Cracovia sobre el Patrimonio Cultural organizado por los Estados participantes en la Conferencia sobre la Seguridad y la Cooperación en Europa (CSCE) en junio de 1991. Ese Simposio constituyó un momento crucial, puesto que dio lugar al primer documento sobre el tema aprobado en un marco paneuropeo, quebrantando decenios de control ideológico y de una cultura dirigida

---

18. Osip Mandelstam (1891-1938), gran poeta y crítico literario ruso. La mayor parte de su obra quedó inédita en la Unión Soviética en la época de Stalin y fue prácticamente desconocida fuera del país hasta mediados de los años sesenta. Fue arrestado en 1934 por haber escrito un epigrama sobre Stalin y exilado a una ciudad de provincia.

19. Paul Celan, seudónimo de Paul Autschel (1920-1970). Poeta judío que dio a la literatura posterior a la Segunda Guerra Mundial una de sus voces más poderosas y regeneradoras. Cuando Rumania cayó bajo control nazi, Celan fue enviado a un campo de trabajos forzados donde sus padres fueron asesinados.

20. Nina Berberova (1901-1993), novelista y poetisa, nacida en San Petersburgo, se exiló a Francia en 1925.

21. Nina Berberova, *Anthologie personnelle* (1921-1993), Arles, Actes Sud, 1998, pág. 145.

por el Estado en el bloque soviético. Bajo el título elocuente de “Cultura y libertad” se reafirmaron en términos inequívocos varios principios fundamentales:

1. Los Estados participantes hacen hincapié en que el respeto de los derechos humanos y las libertades fundamentales es esencial para el pleno desarrollo de la creatividad cultural.

2. El Estado y las autoridades públicas se abstendrán de infringir la libertad de creación artística.

3. Los Estados participantes se comprometerán a promover y proteger el desarrollo libre y sin trabas de la creatividad artística; reconocen el importante papel del artista individual en la sociedad y respetarán y protegerán la integridad de la labor creadora.

4. Reconocen la necesidad de que los gobiernos establezcan un equilibrio entre su doble responsabilidad de obrar en apoyo de la actividad cultural y asegurar la libertad de la misma. [...]

6. Los Estados participantes recuerdan su respeto de la libertad de expresión y, en conexión con el ejercicio de esa libertad en las esferas artística y cultural, declaran lo siguiente:

6.1. La publicación de obras escritas, la ejecución y difusión de obras musicales, teatrales y audiovisuales, y la exposición de obras pictóricas o escultóricas no estará sujeta a restricción o injerencia por parte del Estado, excepto cuando tales restricciones estén prescritas por la legislación nacional y se ajusten plenamente a las normas internacionales.

6.2. Expresan su convicción de que la existencia, en las esferas artística y cultural, de una diversidad de medios de difusión independientes del Estado, tales como casas editoriales, empresas de difusión de programas de radio, cine y televisión, teatros y galerías de arte, contribuye a garantizar el pluralismo y la libertad de la expresión artística y cultural.<sup>22</sup>

Así, aun en el marco de un Estado liberal –que reconcilia los derechos humanos, la democracia y un Estado fundado en el imperio del derecho, según el clásico tríptico consagrado en la Carta de París de 1990 sobre una Nueva Europa–, se han encontrado límites a la libertad. Estos límites ya no son las “consignas” de un Estado policíaco o un Estado que recurre a la propaganda oficial, sino más bien las limitaciones impuestas por el respeto de la libertad y la dignidad de los demás. Por el

---

22. Documento del Simposio de Cracovia sobre el Patrimonio Cultural de los Estados Participantes en la CSCE. Véase Arie Bloed, *The Conference on Security and Cooperation in Europe*, Nijhoff, Dordrecht, 1993, pág. 583. Disponible en <http://www.osceprag.cz/docs/chronos.htm>

hecho mismo de ser ejercida, la libertad creadora pasa de la esfera absoluta del arte al ámbito del relativismo jurídico, terreno donde la libertad artística encuentra a la vez sus raíces y sus limitaciones.

### 3. LA CONQUISTA HISTÓRICA DE LA LIBERTAD

En la tradición jurídica moderna nacida de las dos grandes revoluciones del siglo XVIII, la estadounidense y la francesa, la libertad se concebía inicialmente como el derecho de expresión. Pero desde el comienzo se hicieron numerosas distinciones. Este debate ejemplar merece consideración puesto que arroja luz sobre muchas de las actuales contradicciones entre dos filosofías radicalmente diferentes de la libertad de expresión, que suscitan más de un malentendido en la actualidad.

En la primera enmienda de la Constitución estadounidense se consagra esta concepción absoluta de la libertad: “El Congreso no promulgará ley alguna [...] que coarte la libertad de palabra o de imprenta.”<sup>23</sup> Ya en junio de 1776 se proclamaba en la Declaración de Derechos de Virginia que “la libertad de prensa es uno de los grandes baluartes de la libertad y nunca puede ser limitada sino por gobiernos despóticos” (artículo XII). Según la Declaración de Delaware, “la libertad de prensa debe ser inviolablemente preservada” (artículo XXIII) o, como en la Declaración de Maryland, “la libertad de prensa se ha de preservar inviolablemente” (artículo 40).

Desde el comienzo, la tradición francesa se caracterizó por una concepción relativa de la libertad, que está estrictamente sujeta a la protección de la ley, siguiendo la tradición directa del pensamiento de Rousseau. Según el artículo 11 de la Declaración francesa de 1789: “Puesto que la comunicación sin trabas de los pensamientos y opiniones es uno de los más valiosos derechos del hombre, todo ciudadano puede hablar, escribir y publicar libremente, teniendo en cuenta que es responsable de los abusos de esta libertad en los casos determinados por la ley.” Esta diferencia de planteamiento se origina sin duda alguna en la historia. Influyó en el espíritu de la Ilustración en Francia una lucha insidiosa entre la censura monárquica y la censura de la Sorbonne, que toleraba las publicaciones clandestinas de Holanda y Suiza.<sup>24</sup> Al convocar los

23. Véase la antología de Stéphane Rials, *La Déclaration des droits de l'homme et du citoyen*, París, Pluriel Hachette, 1988 y Walter Laqueur y Barry Rubin (comps.), *The human rights reader*, Meridian Book, 1990.

24. Sobre el tema de la connivencia intelectual entre las elites del Antiguo Régimen, es interesante la nueva edición de Roger Chartier de los informes de Malesherbes, *Mémoires sur la librairie, Mémoire sur la liberté de la presse*, París, Imprimerie Nationale, 1994.



Estados Generales el propio rey, en respuesta a las solicitudes formuladas en los “registros de quejas”, instó a los diputados a que examinaran “el modo más apropiado de reconciliar la libertad de prensa con el respeto debido a la religión, la moral y el honor de los ciudadanos”.

Los debates parlamentarios de 1789 ponen de manifiesto la discordia entre dos tendencias, esto es, la de los partidarios de la libertad ilimitada, para quienes “el árbol de la libertad política crece solamente bajo la influencia saludable de la libertad de imprimir”, y aquellos que veían “una amenaza a la religión y la sana moral en la libertad de prensa ilimitada”.<sup>25</sup> La fórmula de transacción propuesta por Mirabeau consistió en establecer un sistema represivo en que el control *a posteriori* por un tribunal penal sustituía al control *a priori*, en especial toda forma de censura administrativa. En consecuencia, en la Constitución de 1791 se garantizaba “la libertad de todos los hombres de hablar, escribir, imprimir y publicar sus pensamientos sin que esos escritos sean objeto de ninguna censura o inspección previas a su publicación”.

Durante casi un siglo, la libertad de prensa –ya sea en relación con las publicaciones periódicas o con los libros– iba a convertirse en Francia en un problema político, caracterizado por intentos de restablecer el orden.<sup>26</sup> Por esa razón, en vísperas de las ordenanzas de 1830 que ocasionaron la caída de la monarquía de los Borbones, Polignac, jefe de gobierno, escribió que “en todas las épocas, la prensa periódica siempre ha sido –y es parte de su naturaleza serlo– un instrumento de desorden y sedición”.

Poco después, reflexionando sobre la experiencia estadounidense y francesa en *Democracy in America*, un joven legitimista, Alexis de Tocqueville, sintetizó admirablemente las contradicciones inherentes a todo ataque contra la prensa: “ese extraordinario poder, en que se mezclan tan extrañamente el bien y el mal que sin él la libertad no podría sobrevivir y con él el orden apenas puede mantener”. No obstante, la democracia supone la libertad de prensa: “La soberanía del pueblo y la libertad de prensa son dos cosas totalmente correlativas: la censura y el sufragio universal, en cambio, son dos cosas contradictorias y no pueden convivir mucho tiempo en las instituciones políticas de un solo pueblo. De los doce millones de habitantes del territorio de los Estados Unidos, ninguno se ha atrevido a proponer que se restrinja la libertad de prensa.”

25. Véase Pierre Le Mire, *La Déclaration des droits de l'homme et du citoyen*, bajo la dirección de Gérard Conac *et al.*, París, Économica, 1993, pág. 225.

26. Para una reseña histórica de la libertad de prensa, véase Arlette Heymann-Doat, *Libertés publiques et droits de l'homme*, París, LGDJ, 1998.



Señala que los estadounidenses: “consideran, además, que los tribunales carecen de autoridad para regular la prensa y que, en la medida en que la flexibilidad del lenguaje humano desafía constantemente al análisis jurídico, los ataques de esta índole eluden de algún modo la mano que se extiende para atraparlos... Por consiguiente, en materia de prensa, no existe realmente un término medio entre la servidumbre y la licencia”.

Asimismo, en un análisis penetrante de la situación que culminó con el desarrollo actual de Internet en el momento mismo en que la concentración financiera de las principales redes de periódicos y medios de comunicación pone en tela de juicio algunas de sus hipótesis fundamentales, de Tocqueville destaca la extrema descentralización de la prensa: “Al igual que el poder, las fuentes de ilustración están ampliamente dispersas en este gran país; en lugar de partir de un centro común, los rayos de la inteligencia humana se intrecruzan en todos los sentidos; los estadounidenses no han asignado un lugar especial a la orientación general del pensamiento o de otros asuntos [...] Es un axioma de la ciencia política en los Estados Unidos que el único modo de neutralizar los efectos de los periódicos consiste en multiplicar su número.” En consecuencia, “cada periódico tiene poco poder por sí mismo pero, después del pueblo, la prensa periodística es la que ejerce el máximo poder”. Sin ocultar sus imperfecciones, como la tendencia a apelar a las emociones e injerirse en la vida privada de las personas, estima que la prensa tiene una función política: “Su mirada siempre alerta expone constantemente los motores ocultos de la política y obliga a los hombres públicos a presentarse por turno ante el tribunal de la opinión pública.”<sup>27</sup>

Conforme a ese legado, el presidente Roosevelt colocó a la libertad de expresión a la cabeza de las “cuatro libertades” en su célebre discurso de 1941: “La primera es la libertad de la palabra y la expresión –en todas partes del mundo.”<sup>28</sup>

#### 4. ESTABLECIMIENTO DE LOS LÍMITES A NIVEL INTERNACIONAL

Este proceso de internacionalización culminó con la Declaración Universal de Derechos Humanos que, en su artículo 19, proclamó: “Todo individuo tiene derecho a la libertad de opinión y de expresión; este derecho incluye el de no ser molestado a causa de sus opiniones, el de investigar y recibir informaciones y opiniones, y el de difundirlas, sin limitación de fronteras, por cualquier medio de expresión.” Por tanto, se trata obviamente de una forma de libertad sin fronteras, que abarca todas las formas de

27. Libro 1 (1835), segunda parte, 3.

28. 6 de enero de 1941. Se encuentra en todas las antologías.

expresión. El artículo 27 se refiere a la expresión artística y la trata desde dos puntos de vista: el párrafo 1 estipula el derecho de toda persona a “tomar parte libremente en la vida de la comunidad, a gozar de las artes”, mientras que el párrafo 2 se refiere a la “protección de los intereses morales y materiales que le correspondan por razón de las producciones científicas, literarias o artísticas de que sea autora”.

Las repercusiones sociales de la libertad de expresión y, por tanto, de la libertad del artista se hacen más evidentes cuando pasamos de la Declaración Universal al derecho de los tratados. En un contexto internacional, la diferencia entre los objetivos de ambos pactos ayuda a comprender la dimensión estrictamente “política” de las “libertades intelectuales”, a la cabeza de las cuales se encuentra la libertad de expresión. El artículo 19, párrafo 2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos es bastante fiel a la formulación de la Declaración Universal: “Toda persona tiene derecho a la libertad de expresión; este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección.” En la enumeración cabe señalar la referencia directa a “forma artística”, aunque sin llegar a conclusiones definitivas: no existe ninguna intención de contrastar la creación literaria escrita u oral con una forma de creación “artística” puramente visual como una pintura o una película. Además, ¿qué “ideas” o “información” debemos buscar en una película o en una escultura”? La enumeración es, pues, más indicativa que sistemática.

El párrafo 3 merece especial atención ya que, por primera vez, indica claramente que: “El ejercicio del derecho previsto en el párrafo 2 de este artículo entraña deberes y responsabilidades especiales. Por consiguiente, puede estar sujeto a ciertas restricciones, que deberán, sin embargo, estar expresamente fijadas por la ley y ser necesarias para: a) asegurar el respeto a los derechos o a la reputación de los demás; b) la protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas.”<sup>29</sup>

La libertad de expresión está, pues, limitada de forma estricta –según la tradición francesa–, pero evitando cuidadosamente toda referencia a la “sociedad democrática” como se hace en el Convención Europea para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales (también llamada “Convención Europea de Derechos Humanos”) en un contexto político muy diferente (véase más adelante). Las únicas nociones que se mencionan, sin ningún otro tipo de reservas, son de carácter muy general como “seguridad nacional”, “orden público”, “salud pública” y “moral pública”, lo que convierte al Estado en una especie de árbitro del “orden moral”. No

---

29. Para los orígenes de estos textos, véase M. Bossuyt, *Guide to the “Travaux préparatoires” of the International Covenant on Civil and Political Rights*, Nijhoff, 1987.

satisfecho con aludir a los “deberes y responsabilidades” el artículo 19, párrafo 3, señala de forma explícita la existencia de “deberes y responsabilidades especiales”.

En otras palabras, aunque la información y las ideas expresadas en “forma artística” sean mencionadas de paso bajo la rúbrica de la libertad de expresión, es sólo en cuanto que esta libertad fundamental está sólidamente circunscrita por imperativos sociales tan solemnes como imprecisos. De hecho, esta imprecisión no queda disipada en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Es en el artículo 15 de dicho Pacto donde finalmente se hace alusión a los derechos culturales que son, pues, tratados como el pariente pobre.<sup>30</sup> Según el párrafo 1 de dicho artículo, los Estados partes “reconocen el derecho a toda persona a: a) participar en la vida cultural; b) gozar de los beneficios del progreso científico y de sus aplicaciones; c) beneficiarse de la protección de los intereses morales y materiales que le correspondan por razón de las producciones científicas, literarias o artísticas de que sea autora”.

Curiosamente, esta disposición, que es una especie de popurrí en el que se mezcla la participación cultural y los derechos de autor, el culto al “progreso científico” y la protección de las patentes, se interesa por un único derecho, común a los aficionados del teatro y a los inválidos, a los eruditos y a los artistas, aunque este derecho en particular no recibe nombre alguno.

Asimismo, este derecho contradictorio, en la encrucijada entre la búsqueda de la democracia y la aristocracia de la creación, está subordinado a un objetivo más elevado, que el Estado garantiza en última instancia: “Entre las medidas que los Estados partes en el presente Pacto deberán adoptar para asegurar el pleno ejercicio de este derecho, figurarán las necesarias para la conservación, el desarrollo y la difusión de la ciencia y de la cultura” (artículo 15.2). El derecho a la investigación y a la actividad creativa no se mencionan hasta el párrafo 3: “Los Estados partes en el presente Pacto se comprometen a respetar la indispensable libertad para la investigación científica y para la actividad creadora” (artículo 15.2). Es, pues, una alusión bastante tardía, con un matiz utilitarista, cuando, en realidad, la libertad es el punto de partida de toda empresa intelectual.

Es como si la asignación de distintos objetivos a cada Pacto minase la estructura básica de la libertad de expresión, restringiéndola según las necesidades de orden público en uno y las funciones culturales del servicio público en el otro. Es evidente que el arte debe servir al bien público, pero parece que con ello se olvida “el arte soberano de ofender”. Así, es cierto que se puede concebir una síntesis entre la participación pública democrática y la soledad creadora del artista, que recuerda al “teatro eli-

---

30. Véase *Les droits culturels, une catégorie sous-développée de droits de l'homme*, P. Meyer-Biseh (comp.), Éditions Universitaires de Fribourg, 1993.

tista para todos” al estilo de Vitez<sup>31</sup> o de Strehler,<sup>32</sup> pero la última palabra quizás debería reservarse al artista creador.

Es posible encontrar una misma oscilación entre la libertad de expresión y el control social en los instrumentos jurídicos regionales. Así, literalmente, aunque en estos casos es cuestión de jurisprudencia, la Convención Europea de Derechos Humanos también refleja una tendencia clara hacia un control estatal de este tipo. Por ejemplo, aunque la libertad de prensa es un legado del siglo XIX, en Francia, el cine se ha regido por las mismas normas que los *“spectacles de curiosité”* y las ferias. *A fortiori*, los nuevos medios de comunicación, debido a su forma de distribución, están sujetos a una supervisión muy estricta, si no a un monopolio estatal. En este sentido, el artículo 10 del Convención Europea prevé sin reparo regímenes particulares tras haber proclamado el clásico principio de la libertad: “Toda persona tiene derecho a la libertad de expresión. Este derecho comprende la libertad de opinión y la libertad de recibir o de comunicar informaciones o ideas sin que pueda haber injerencia de autoridades públicas y sin consideración de fronteras. El presente artículo no impide que los Estados sometan las empresas de radiodifusión, de cinematografía o de televisión a un régimen de autorización previa.”

En el párrafo 2 se introduce toda una serie de restricciones, incluso más amplia que otras que figuran en otros artículos del Convenio: “El ejercicio de estas libertades, que entrañan deberes y responsabilidades, podrá ser sometido a ciertas formalidades, condiciones, restricciones o sanciones, previstas por la ley, que constituyan medidas necesarias, en una sociedad democrática, para la seguridad nacional, la integridad territorial o la seguridad pública, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, la protección de la reputación o de los derechos ajenos, para impedir la divulgación de informaciones confidenciales o para garantizar la autoridad y la imparcialidad del poder judicial.” La enumeración es incluso más exhaustiva que en el Pacto: al orden moral se le añade el secreto del Estado, y la integridad territorial se opone a toda manifestación de disidencia. Sin embargo, la referencia casi incidental a “una sociedad democrática” produce un movimiento oscilante entre la letra del texto y el espíritu de la jurisprudencia (véase más adelante).

De forma similar, el artículo 13.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, firmada en San José en 1969, contempla como de costumbre “el derecho a la libertad de pensamiento y de opinión” para todas las personas, y añade que “este

---

31. Antoine Vitez (1930-1990), director francés que influyó considerablemente en la producción teatral.

32. Giorgio Strehler (1921-1997), director de teatro italiano activo en la resistencia contra el fascismo en Italia.

derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir información e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección”. El párrafo 2 añade disposiciones completamente nuevas por las que el ejercicio de este derecho “no debe estar sujeto a previa censura sino a responsabilidades ulteriores, que deberán estar expresamente fijadas por la ley y ser necesarias para asegurar: a) el respeto a los derechos o a la reputación de los demás, o b) la protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas”. No obstante, el párrafo 4 restringe considerablemente este principio dado que “los espectáculos públicos pueden ser sometidos por la ley a censura previa con el exclusivo objeto de regular el acceso a ellos para la protección moral de la infancia y la adolescencia, sin perjuicio de lo establecido en el inciso 2”.<sup>33</sup> La Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, adoptada en Nairobi en 1981, da la impresión de ser mucho más cauta. Así, el artículo 9.2 simplemente declara que “cada individuo debe tener libertad para expresarse y para difundir sus opiniones dentro de lo establecido por la ley”. El artículo 17, que tiene que ver con la participación en la “vida cultural” de la comunidad, va incluso más lejos al afirmar que “el desarrollo y la protección de la moral y de los valores tradicionales reconocidos por la comunidad deben ser una obligación para el Estado” en el ámbito de la protección de los derechos humanos. El capítulo sobre los deberes añade bastante a las limitaciones, al afirmar en términos generales que “los derechos y las libertades de toda persona deben ejercerse con el debido respecto a los derechos de los demás, a la seguridad colectiva, a la moral y a los intereses comunes” (artículo 27.2). En concreto, el individuo tiene la obligación “de preservar y fortalecer los valores culturales africanos en su relación con los demás miembros de la comunidad, con un espíritu de tolerancia, diálogo y entendimiento y, en general, de contribuir al desarrollo del bienestar moral de la sociedad” (artículo 29.7).

El problema está en saber a quién le corresponde hacer la distinción entre “valores culturales africanos positivos” y “negativos”, y quién decidirá qué es bueno para el “bienestar moral de la sociedad”. Hay un gran riesgo de que de ello se derive un conformismo social, pero también de que las autoridades silencien las críticas en nombre de la “moral” o de la moral de la población. De la información “positiva” a la literatura “oficial” sólo hay un paso. La trampa a la que pueden conducir estas buenas

---

33. Esta formulación es poco acertada ya que parece confundir dos ideas diferentes: la censura previa, que puede ocasionar la prohibición completa de una obra o menoscabar su integridad por medio de la imposición de “cortes”, o una forma de control con el fin de establecer una clasificación para restringir el acceso a ciertas categorías de menores, de acuerdo con grupos de edad.

intenciones fue revelada en los debates de la UNESCO sobre el “Nuevo orden mundial de la información y la comunicación.”<sup>34</sup>

La tarea de definir los límites estrictos y necesarios en una “sociedad democrática” debería, evidentemente, recaer en el poder judicial, el “guardián de la libertad individual”, y no en el Estado que, demasiado a menudo, es “juez y parte”.

## 5. INTERPRETACIÓN DE LAS LIMITACIONES EN LA JURISPRUDENCIA

La tarea del juez es encontrar el equilibrio justo entre la afirmación del principio de libertad de expresión y sus modalidades de aplicación. Dado que nos es imposible hacer un estudio detallado del derecho comparado, nos centraremos en la jurisprudencia reciente del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Quizá sea éste el organismo más desarrollado en cuanto a jurisprudencia se refiere y es un ejemplo útil tanto desde el punto de vista político, dado que actualmente imparte justicia en cuarenta Estados,<sup>35</sup> como doctrinal, ya que plantea numerosas cuestiones de principio.

La jurisprudencia europea relativa a la libertad de expresión ha sido, desde un principio, más liberal en sus *obiter dicta* que en sus sentencias sobre procesos particulares. Es necesario señalar que la mayoría de éstos son casos límite en los que la libertad de expresión rara vez se invoca para las obras que alcanzan la cumbre de la creación artística. Pero éste no es el problema: el debate no concierne las consideraciones estéticas sino una cuestión jurídica, y es precisamente en estos procesos límite donde el espíritu liberal de una sociedad puede evaluarse en toda su extensión.

Tanto en el caso *Handyside* como en el caso *Müller*, después de referirse a la “amplitud de miras” con respecto a ideas ofensivas, el Tribunal sostuvo las condenas dictadas por los tribunales de justicia. El punto de partida fue la sentencia del proceso *Handyside contra el Reino Unido* (1976),<sup>36</sup> cuyas consideraciones de principio han sido citadas constantemente por el Tribunal en juicios ulteriores. El tema en sí era conflictivo ya que, con el título de *The little red schoolbook* (El pequeño libro rojo de los escolares), una editorial londinense había publicado un libro de origen danés que contenía un capítulo sobre educación sexual que entraba en el ámbito de la “Obscene Publica-

34. Serge Sur, “Vers un nouvel ordre mondial de l’information et de la communication”, *Annuaire français de droit international*, 1981, Dordrecht, pág. 45.

35. A la fecha, treinta y nueve Estados son partes en la Convención Europea de Derechos Humanos. Rusia firmó este instrumento al adherir al Consejo de Europa en 1996.

36. Ediciones del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Serie A: Sentencias y Decisiones, vol. 24, *Handyside Case 2*. Sentencia del 7 de diciembre de 1976, Colonia/Berlín/Bonn/Munich, Carl Heymans Verlag KG.

tion Act” (ley sobre publicaciones obscenas) inglesa. El Tribunal Europeo examinó con detenimiento el porqué de la interferencia de las autoridades inglesas: ¿eran las sanciones impuestas “necesarias en una sociedad democrática”, “para la protección [...] de la moral”? Aunque no negó la legitimidad del objetivo perseguido –según lo dispuesto expresamente en el artículo 10, párrafo 2–, el Tribunal se refirió al margen de apreciación de los Estados, en concreto, con respecto a la moral: “El punto de vista adoptado por las respectivas leyes sobre las exigencias de la moral varía según el tiempo y el lugar, sobre todo en nuestra era, caracterizada por una evolución rápida y profunda de las opiniones sobre este tema. En principio, gracias a su contacto directo y continuo con las fuerzas vitales de sus países, las autoridades estatales están en mejor posición que los jueces internacionales para expresar una opinión acerca del contenido exacto de estas exigencias.”<sup>37</sup>

Pero, a pesar de ello, el Tribunal añadió inmediatamente que sus funciones le obligaban a: “conceder la máxima atención a los principios que caracterizan a una ‘sociedad democrática’. La libertad de expresión constituye uno de los pilares esenciales de este tipo de sociedad, una de las condiciones básicas para su progreso y para el desarrollo de toda persona. A reserva del párrafo 2, artículo 10, esta libertad se aplica no sólo a la ‘información’ o a las ‘ideas’ recibidas favorablemente o consideradas inofensivas o indiferentes, sino también a aquellas que ofenden, sorprenden o inquietan al Estado o a cualquier sector de la población. Estas son las exigencias del pluralismo, la tolerancia y la amplitud de miras, sin los cuales no puede existir una ‘sociedad democrática’.” Tras estas enérgicas afirmaciones, el Tribunal declaró: que “desde otro punto de vista, cualquiera que ejerza su libertad de expresión asume ‘deberes y responsabilidades’ cuyo alcance dependerá de su situación y de los medios técnicos que emplee. El Tribunal no podrá hacer abstracción de los ‘deberes’ y ‘responsabilidades’ de tal persona cuando investiga, como en este caso, si las ‘restricciones’ o ‘condenas’ contribuían a la ‘protección de la moral’, lo que las hacía ‘necesarias’ en una ‘sociedad democrática’.”<sup>38</sup>

Tras un minucioso examen, el Tribunal sostuvo unánimemente que no había habido ninguna violación del Convenio –a reserva de una opinión separada del juez Mosler acerca de la “necesidad” de las medidas aplicadas, como quedó demostrado por los diferentes resultados obtenidos por los juicios en Inglaterra, Gales y Escocia. Además del proceso en cuestión, y de la “necesaria” protección de los jóvenes a principios de los setenta, las consideraciones de principio del Tribunal se han convertido en

---

37. *Ibidem*, párr. 48. Por consiguiente, el Tribunal se vio forzado a descartar el argumento de que la edición original del libro había sido publicada en Dinamarca y varias traducciones circulaban libremente en Europa, *idem*, párr. 57.

38. *Ibidem*, párr. 49.



la base de toda la jurisprudencia posterior. En realidad, el subversivo libro escolar condenado por los tribunales ingleses marca el límite de la libertad de expresión.

Casi diez años después, el proceso *Müller contra Suiza*<sup>39</sup> fue clave para la libertad del artista. En 1981, algunos jóvenes artistas montaron una “exposición de arte contemporáneo” que formaba parte de “las celebraciones con motivo del quinto centenario del ingreso del cantón de Friburgo en la Confederación Helvética”. El Sr. Müller contribuyó al proyecto con tres cuadros gigantes que pintó en tres noches. Al inaugurarse la exposición, el Fiscal General consideró que aquellas pinturas entraban dentro de las disposiciones del Código Penal Suizo que prohíbe las “publicaciones obscenas” y, por tanto, ordenó su incautación.

En primer lugar, el Tribunal tuvo que definir el alcance de la libertad de expresión: “Es cierto que el artículo 10 no especifica que la libertad de expresión artística, el tema que nos atañe, esté dentro de su ámbito, pero, por otro lado, tampoco hace ninguna distinción entre las diferentes formas de expresión. Dado que todos los que acuden ante el Tribunal lo reconocen, dicho artículo incluye la libertad de expresión artística, en especial la libertad de recibir e impedir información e ideas, lo que permite participar en el intercambio público de información cultural, social y política y de ideas de todo tipo.”<sup>40</sup>

Ciertamente se podría reflexionar largamente acerca de las “ideas culturales” que un pintor pretende comunicar trasponiendo la respuesta de Mallarmé a Degas: “No se pinta con ideas sino con colores.” Con bastante dificultad, el Tribunal afirma: “Si fuese necesaria una confirmación de que esta interpretación es correcta, la encontraríamos en la segunda frase del párrafo 1 del artículo 10, porque las actividades de las ‘empresas de radio, televisión y cine’ se extienden al terreno artístico.” Una vez más, cabría sorprenderse ante la ingenuidad de tales argumentos: que la televisión sea o no una empresa o que el cine sea una industria y no un arte, como dijo hace tiempo Malraux, no tiene evidentemente nada que ver con el hecho de que a la pintura como medio de expresión se le pueda aplicar el derecho a la libertad de creación. Es bastante curioso que el Tribunal adujese un último argumento extraído del Pacto: “La confir-

39. Sentencia del 24 de mayo de 1966, Serie A, n.º 133.

40. *Ibidem*, párr. 27. En una opinión aparte, el juez De Meyer se distanció de una cierta ingenuidad en la formulación de la sentencia: “El arte, o lo que pretende ser arte, obviamente entra dentro del ámbito de la libertad de expresión. No es necesario en absoluto intentar considerarlo como un vehículo para la comunicación de ideas: puede que lo sea, pero es dudoso que tenga que serlo. Mientras que el derecho a la libertad de expresión ‘debe incluir’ o ‘incluye’, la libertad para ‘buscar’, ‘recibir’ o ‘impartir’ ‘información’ e ‘ideas’ también puede abarcar otras cosas. La manifestación externa de la personalidad humana puede adoptar formas muy diferentes y no todas ellas pueden incluirse en las categorías mencionadas anteriormente.”



mación de que el concepto de libertad de expresión incluye la expresión artística también puede hallarse en el artículo 19, párrafo 2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que incluye específicamente dentro del derecho a la libertad de expresión la información y las ideas ‘en forma artística’.”

Sobre el fondo de la cuestión, el Tribunal citó la formulación de la sentencia del proceso Handyside con respecto a las ideas “ofensivas”, citada anteriormente, aplicándola al terreno de lo artístico como sigue: “Los que crean, interpretan, distribuyen o exhiben obras de arte contribuyen al intercambio de ideas y opiniones, lo que es esencial para una sociedad democrática. De allí la obligación del Estado de no invadir indebidamente su libertad de expresión.”<sup>41</sup> Pero el artista no es enemigo de la ley. Es siempre responsable de su obra. Así, el Tribunal añade: “El artista y quienes promocionan su trabajo en ningún modo escapan a la posibilidad de limitación dispuesta en el párrafo 2 del artículo 10. Quienquiera que ejerza su libertad de expresión asume, de acuerdo con los términos expresados en dicho párrafo, ‘deberes y responsabilidades’; su alcance dependerá de su situación y de los medios que utilice.”<sup>42</sup> En este proceso concreto, El Sr. Müller había exhibido sus cuadros, “pintados en el acto, según los objetivos de una manifestación que se proponía ser espontánea”, para una exposición gratuita y en la que el público en general podía acceder a dichos cuadros.

El Tribunal, habiendo examinado la pruebas, es decir, cuadros que medían dos metros por tres, “no consideró irrazonable el que los jueces competentes hubiesen considerado que ‘podían ofender brutalmente’, dado su énfasis en la sexualidad en algunas de sus formas más escabrosas, ‘el decoro sexual de personas de sensibilidad normal’. En estas circunstancias, y teniendo en cuenta el margen de apreciación que le concedía el párrafo 2 del artículo 10, estaba autorizado a considerar ‘necesario’ para la protección de la moral imponer una multa a los demandantes por publicar material obsceno”.<sup>43</sup>

Pero la pena impuesta a Müller fue aún más lejos. Sus obras, que podrían haber sido destruidas por completo según el Código Penal Suizo (artículo 204, párr. 3), fueron finalmente confiscadas y encerradas en los sótanos de un museo. Esta incautación, al igual que la condena impuesta al demandante, fue justificada por el Tribunal por la misma “necesidad social genuina” [...] “de proteger al público de la repetición de la ofensa”. Sin embargo, el Tribunal tenía sus dudas: “Surge un problema especial cuando, como en este caso, el objeto incautado es un cuadro original: la medida

---

41. *Ibidem*, párr. 33.

42. *Ibidem*, párr. 34.

43. *Ibidem*, párr. 36. Aquí también, toda comparación con “obras del mismo estilo” expuestas por el pintor en otros lugares fue rechazada “en todas las circunstancias de la causa”.

impide al artista utilizar su obra de ningún modo. Por tanto, Josef Felix Müller perdió la oportunidad de mostrar sus cuadros en lugares donde las exigencias de la protección de la moral resultarían menos estrictas que en Friburgo.”<sup>44</sup> La devolución de los cuadros al artista por orden de un juzgado local, justo antes de que el Tribunal pronunciase su sentencia, significó que éste no tendría que juzgar este punto aunque los cuadros habían estado confiscados durante ocho años. El Tribunal, no sin una dosis de dudosa ironía, se las ingenió para volver este hecho contra el demandante, ya que “nada le impedía solicitar que se los devolviesen antes”.

Esto es algo realmente lamentable puesto que, cuando el Tribunal empleó el término “cuadros originales”, se acercó mucho más a la esencia de la creación artística que en sus laboriosas disquisiciones acerca del arte. La naturaleza específica del arte no confiere al artista una libertad ilimitada, situándolo por encima de la ley, pero, al menos, previene contra la simplificación en que incurrieron los jueces al excluir todo “criterio estético”. Es obvio que el ejemplo podría haber sido más elocuente, pero como dejó claro el juez Spielmann en su opinión disidente, “la relatividad de la noción de ‘obscenidad’ hubiese requerido más precaución: la regla es la libertad de expresión y las interferencias por parte del Estado, debidamente justificadas, deben ser la excepción”. Como ejemplo notable de este relativismo, el juez Spielmann citó los pomposos comentarios del fiscal en el juicio contra *Las Flores del Mal* en 1857.

El debate sobre la jurisprudencia europea se reavivó con dos procesos recientes que tenían que ver con el cine y con el vídeo. En este terreno, mucho más que en pintura, la censura se muestra muy vigilante en muchos países, incluso en nuestros días. A pesar de que hoy en día las películas de Hollywood (y sus imitaciones de serie B por todo el mundo y sobre todo en Asia) generan con total impunidad una espiral de horror, violencia y sadismo, los procesos se multiplican en el terreno de la moral sexual y la sensibilidad religiosa. Esto resulta especialmente paradójico puesto que la televisión, con su impacto directo en el gran público y especialmente en los niños, parece escapar a toda reglamentación, mientras que el cine, que se ha convertido en un pasatiempo para minorías, sigue siendo objeto de restricciones un tanto anticuadas.

El proceso *Otto Preminger Institute contra Austria*, cuyo veredicto fue pronunciado el 20 de septiembre de 1994 por seis votos contra tres, tenía que ver con el embargo y el decomiso de una película. Un cineclub de Innsbruck había programado una película de Werner Schroeter, *Das Liebeskonzil* (El concilio del amor), que era simplemente una versión cinematográfica de una obra de Oskar Panizza representada en el Teatro Belli de Roma. La obra es una pesada sátira sobre la Roma de los Borgias, azotada por una epidemia de viruela, en la que se confunde a Dios con el demonio, en

---

44. *Ibidem*, párr. 43.

la que la Virgen María se convierte en una “mujer desvergonzada y sin escrúpulos” y Jesús en un ser medio incestuoso, “con serias deficiencias mentales”. Este tema que, casi un siglo después del estreno de la obra en 1894,<sup>45</sup> no resultaba demasiado original, desató la cólera del Obispo de Innsbruck. A petición suya, y al amparo de la sección 188 del Código Penal, la película fue embargada y decomisada por los tribunales, que consideraron que “la burla grosera del sentimiento religioso pesaba más que cualquier interés que el público pudiera tener por ser informado o que los intereses financieros de personas deseosas de mostrar la película” y la tacharon de “esencialmente provocadora y anticlerical”.<sup>46</sup>

La Comisión Europea decidió que había habido una violación del artículo 10 y votó por nueve votos contra cinco el embargo de la película y por trece votos contra uno su decomiso. El Tribunal, de acuerdo con su lógica tradicional, llegó a una conclusión contraria. Señaló que, efectivamente, había habido una “interferencia” en relación con la incautación y la confiscación. Luego, consideró que la sección 188 del Código penal austríaco proporcionaba bases suficientes para llegar a la conclusión de que la interferencia había sido “prescrita por la ley” según la jurisprudencia.<sup>47</sup>

De acuerdo con la sección 188: “Toda persona, que en circunstancias en que sea probable que su comportamiento suscite indignación justificada, denigre o insulte a una persona o cosa que sea objeto de veneración en una iglesia o en una comunidad religiosa establecida en el país, o a un dogma, a una costumbre autorizada por la ley o a una institución autorizada por la ley de esta iglesia o comunidad, será pasible de pena de una cárcel de hasta seis meses o de una multa de hasta 360 pagos diarios.”

Con respecto al “objetivo legítimo”, el Tribunal quedó satisfecho y señaló que “la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión, salvaguardada en el artículo 9 del Convenio, es uno de los pilares de una ‘sociedad democrática’, según lo expuesto en el Convenio. En su dimensión democrática, es uno de los elementos esenciales que

---

45. Oskar Panizza (1853-1921) fue fallado culpable de “crímenes contra la religión” por el Tribunal Regional de Munich en 1895 y permaneció un año en la cárcel antes de volverse loco. Es de señalar que este periodo fue especialmente “bueno” para la literatura: el mismo año en Londres, otro Oscar más memorable, Oscar Wilde, fue condenado a dos años de trabajos forzados. Asimismo, en 1898, en París, Émile Zola fue duramente condenado por la publicación de *J'accuse*.

46. Sentencia del 20 de septiembre de 1994, Serie A, n.º 295-A, párr. 13.

47. *Ibidem*, párr. 44. El Tribunal reitera que en este proceso son los tribunales nacionales los que deben “interpretar y aplicar la ley nacional” “en primer lugar”, mientras que en otros procesos es mucho más necesario en términos de “calidad de la ley”, en concreto de precisión y de previsión. Acerca de grabaciones telefónicas, véanse, por ejemplo, los procesos Huving y Krusklin del 24 de abril de 1990 (n.ºs 176-A y 176-B) sobre el poder de investigación del juez según el código de procedimiento penal.

constituyen la identidad del creyente y su concepción de la vida”. Curiosamente, el Tribunal hace referencia a la sentencia del proceso Kokkinakis que tenía que ver con un proceso de proselitismo en contra de una religión estatal, y continúa con un *obiter dictum* sin relación directa con el proceso, que parece una condena generalizada de la blasfemia: “Se puede considerar legítimamente que el respeto de los sentimientos religiosos de los creyentes, garantizado en el artículo 9 del Convenio, ha sido violado por los retratos provocativos de objetos de veneración religiosa. Tales retratos pueden interpretarse como una violación maliciosa del espíritu de tolerancia, que también debe ser una de las características de una sociedad democrática. Dado que el Convenio debe leerse como un todo unitario, la interpretación y la aplicación del artículo 10 en el presente proceso debe estar en concordancia con la lógica del Convenio.”<sup>48</sup>

Por consiguiente, el Tribunal favorece el artículo 9 en detrimento del 10, aunque hubiese sido posible conciliar ambos tipos de libertad: la libertad de religión y el derecho al respeto de las creencias propias no implica el derecho a prohibir a los demás que asistan libremente a un espectáculo en un lugar privado. Sólo en la referencia a las medidas “necesarias para una sociedad democrática” encontramos el discurso tradicional del Tribunal sobre el artículo 10. Pero, a continuación, el Tribunal rectifica su referencia a la sentencia del proceso Handyside añadiendo: “Sin embargo, como la propia redacción del artículo 10, párrafo 2, confirma, toda persona que ejerza los derechos y libertades comprendidos en el primer párrafo de ese Artículo asume ‘deberes y responsabilidades’. Entre éstos, en el contexto de opiniones y creencias religiosas, legítimamente se puede incluir la obligación de evitar en la medida de lo posible las expresiones gratuitamente ofensivas para otras personas y, por tanto, constituyen una violación de sus derechos. Por consiguiente, estas expresiones no contribuyen en ningún modo a un debate público capaz de fomentar el progreso en cuestiones humanas.”<sup>49</sup>

Detrás de esta formulación, tan pomposa como general, encontramos, una vez más, la reducción de la creación artística a “debate público” de orientación progresista. Obviamente, es al Tribunal al que le corresponde determinar cuál tiene más posibilidades de “fomentar el progreso en las cuestiones humanas”, las películas violentamente anticlericales y gratuitamente ofensivas de, por ejemplo, Buñuel o Bergman, o las obras de encargo.

---

48. *Ibidem*, párr. 47, Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Caso Kokkinakis*, Sentencia de 25 de mayo de 1993. Serie A, n.º 260-A.

49. *Ibidem*, párr. 49. En su opinión, tres jueces disidentes (Palm, Pekkanen y Makarczyk) pusieron en tela de juicio la facultad así concedida al Estado que de esta forma “no podía dejar de sufrir la influencia de la idea de ‘progreso’ de las autoridades”.

No obstante, parece que el Tribunal es consciente del peligro de las generalizaciones en que ha incurrido, ya que casi inmediatamente añade: “Como en el caso de la ‘moral’, en Europa no es posible hallar una concepción uniforme del significado de la religión en la sociedad: incluso en un mismo país esta concepción puede variar. De allí que no sea posible llegar a una definición amplia de lo que constituye una injerencia admisible en el derecho a la libertad de expresión cuando dicha expresión está dirigida contra los sentimientos religiosos de los demás.” Por ello, el Tribunal se refugia en la teoría de un “margen de apreciación” nacional, exigiendo una supervisión estricta cuando “ha habido interferencia en el ejercicio de las libertades garantizadas en el párrafo 1 del artículo 10”.

Por consiguiente, todo depende de este último ámbito, es decir, de la aplicación de principios. Con todo, en este proceso, el Tribunal parece confundir el “público” de la película (espectadores deseosos de comprar una entrada para verla) con el “público en general”, que podría haberla considerado ofensiva sin haberla visto, hasta el punto no sólo de boicotearla sino de querer impedir que otras personas la vieran. En realidad, el Tribunal toma como referencia a las jurisdicciones austríacas que “no consideraron que sus méritos como obra de arte o como contribución al debate público pesaran más que las características que la hacían ofensiva para el público en general bajo su jurisdicción”.

En consecuencia, en lugar de dejar que cada uno decidiera ver o no la película, y una vez vista, elogiarla o criticarla, o incluso retirarse de la sala, las autoridades públicas, como el *Tartufo* de Molière decidieron “esconder el pecho que no debían ver”. Los argumentos esgrimidos por el Tribunal sólo acentúan el malestar causado por dicha decisión: “El Tribunal no puede no tener en cuenta que el catolicismo es la religión de la inmensa mayoría de los tirolese. Al confiscar la película, las autoridades austríacas actuaron con el fin de proteger la paz religiosa en la región y evitar que algunas personas se sintieran atacadas en sus creencias religiosas de forma ofensiva e injustificada.”

Esta referencia al aspecto mayoritario de una religión, la alusión contradictoria a la “paz religiosa”, supuestamente amenazada por unos cuantos inconformistas, tiene más que ver con el orden moral que con el orden público. La tentación de la mayoría de mostrarse intolerante parece prevalecer sobre la tolerancia hacia la minoría.<sup>50</sup> Pero enseñar la moral no es una prerrogativa de la mayoría.

---

50. Para una comparación con el proceso *Jerzild* juzgado por el Tribunal el mismo día en otra sala, véanse las críticas formuladas en el octavo Coloquio Internacional de la Convención Europea para la Protección de los Derechos Humanos, ya mencionada. Véase además Gérard Cohen-Jonathan, “Discrimination raciale et liberté d’expression”, *Revue universelle des droits de l’homme*, 1995, vol. 1, pág. 1, y *contra* los comentarios de Paul Mahoney, “Universality versus subsidiarity in free speech cases”, *European Human Rights Law Review*, n.º 4, 1997, pág. 364.

Desde nuestro punto de vista, el verdadero criterio es la naturaleza pública o privada del escándalo, si es que hay “escándalo”. La diferencia entre el proceso Müller y el proceso Otto Preminger Institute es obvia. Si continuamos en el terreno de lo relativo, del derecho de los demás, es necesario hacer una distinción. Sólo los fundamentalistas, que no reclaman daños subjetivos sino la verdad absoluta, querrían destruir la obra por ser *en sí misma* escandalosa. Las recientes campañas que denuncian obras “escandalosas” son lideradas por personas “escandalizadas” que no han visto la obra en cuestión: el escándalo es objetivo, el mal es absoluto. Para los iconoclastas, la libertad artística es el enemigo de Dios. Confiscar no es suficiente, hay que destruir. Quemar no basta, hay que exorcizar. El peligro de la jurisprudencia que invita a tales interpretaciones y legitima, incluso indirectamente, cualquier tipo de violencia en nombre de la “paz religiosa” es evidente. Lo que es bueno para los tiroleses de Innsbruck ¿no lo sería también para los ulemas de Bradford?

Se puede decir que el proceso *Wingrove contra el Reino Unido* es demasiado corriente como para permitir que el Tribunal se eleve a nuevas cumbres. La sentencia pronunciada el 25 de noviembre de 1996, por seis votos contra dos, tenía que ver con una cinta de vídeo considerada blasfema. El Sr. Wingrove es el autor de un cortometraje, sin duda repugnante, titulado *Visions of Ecstasy* (Visiones de éxtasis), que describe los éxtasis eróticos de Santa Teresa con un Cristo en la cruz y al que se denegó el certificado de distribución. Los censores del British Board of Film Classification (Junta Británica de Clasificación Cinematográfica) invocaron “el derecho penal sobre blasfemia” que abarca todo “elemento de desprecio, insulto, grosería o ridículo relacionado con Dios, Jesucristo, la Biblia o el ritual de la Iglesia Anglicana”.<sup>51</sup>

La Comisión Europea había decidido, por catorce votos contra dos, que había habido una violación del artículo 10. Por el contrario, para el Tribunal, la interfe-

---

51. *Sentencia del 25 de noviembre de 1996*, párr. 27. Este precedente hace referencia al fallo sobre *Gay News Ltd. and Lemon* de 1979, que fue el primer proceso de blasfemia juzgado desde 1922. Es interesante señalar, como lo hace el propio texto, que la única iglesia protegida es la “Iglesia oficial”. En 1991, en un fallo sobre la obra de Salman Rushdie *Los versos satánicos*, un tribunal inglés estipuló que “tal y como figura en la ley, ésta no se aplica a religiones no cristianas”. John Patten, en aquel entonces Ministro de Estado, ofreció una respuesta más completa a influyentes musulmanes del Reino Unido por medio de un muy acertado escrito del 4 de julio de 1989: “Un cambio en la ley podría conducir a una cadena de litigios que podrían dañar la relación entre las distintas confesiones. Espero que puedan comprender cuántos daños y diferencias pueden ocasionar estos litigios y qué inapropiados son nuestros mecanismos jurídicos para tratar con cuestiones de fe y de creencias personales. De hecho, la fe cristiana ya no cuenta con la ley, sino que prefiere reconocer que la fuerza de sus creencias es la mejor arma contra los que se mofan y blasfeman.”

rencia “prescrita por la ley” había tenido como motivo un “propósito legítimo”. Por consiguiente: “El Tribunal constató desde un principio que, de acuerdo con lo expuesto por la Junta, el objeto de la injerencia había sido proteger contra el tratamiento de una cuestión religiosa de tal forma que pudiera ultrajar a quienes conozcan, aprecien o hagan suyas la ética y las creencias cristianas, debido al tono, estilo o espíritu irrespetuoso, injurioso, insultante, grosero o irrisorio con el que se presenta dicha cuestión.”

Sin duda, este objetivo coincide con el de la protección de “los derechos de los demás”, dentro del contexto del párrafo 2 del artículo 10. Del mismo modo, está en consonancia total con el objetivo de las protecciones otorgadas a la libertad religiosa en el artículo 9.<sup>52</sup>

El Tribunal tuvo buen cuidado de destacar que la necesidad, en una sociedad democrática, de establecer una restricción a la libertad de expresión, “ya sea en un contexto religioso o de cualquier otra índole” aún quedaba por determinar. Sin embargo, se escudó tras “el margen de apreciación nacional”: “Todavía no existen bases suficientes en el orden social y jurídico de los Estados Miembros del Consejo de Europa para llegar a la conclusión de que un sistema mediante el cual un Estado puede imponer restricciones a la propagación de material por ser considerado blasfemo, es, por sí mismo, innecesario en una sociedad democrática y, por tanto, incompatible con el Convenio.”<sup>53</sup> Justo a continuación, como si respondiese por adelantado a las eventuales acusaciones de contradicción, el Tribunal resumió su jurisprudencia reciente al respecto: “Si bien el artículo 10, párrafo 2 del Convenio tiene un alcance mínimo a la hora de restringir discursos políticos o debates sobre cuestiones de interés público [...] generalmente existe un mayor margen de apreciación para los Estados contratantes cuando se trata de regular la libertad de expresión con respecto a cuestiones que puedan ofender convicciones personales íntimas en el terreno de la moral y, sobre todo, en el de la religión.”<sup>54</sup>

---

52. *Ibidem*, párr. 48. El juez Pettiti, de acuerdo con la sentencia, señala cuidadosamente que el Tribunal basó su análisis sobre los derechos de los demás en el artículo 10 y no combinando los artículos 9 y 10, es decir, la moral y los derechos de los demás, como había hecho en la sentencia del proceso *Otto Preminger Institute*, y por lo que había sido criticado por especialistas en la materia.

53. *Ibidem*, párr. 57.

54. *Ibidem*, párr. 58. El juez Löhmus, en desacuerdo, critica esta distinción que le parece arbitraria. Desde su punto de vista, la sentencia de *Handyside* es incluso más relevante para las películas de vídeo. “Las impresiones artísticas a menudo son transmitidas a través de imágenes y de situaciones que pueden ofender o molestar a una persona de sensibilidad normal.”



## 6. CONCLUSIÓN: NUEVAS PERSPECTIVAS

Aunque es evidente que la jurisprudencia europea, que se basa en un puñado de situaciones dudosas, todavía no ha encontrado su equilibrio, demuestra los límites del liberalismo y de la tolerancia. No obstante, las críticas formuladas recientemente en los Estados Unidos sobre la Convención Europea para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales son injustas, en primer lugar, porque las restricciones que se contemplan en el artículo 10 deberían interpretarse en el contexto estricto de una “sociedad democrática” y el Tribunal ha considerado en toda su dimensión este concepto que al principio resulta bastante vago. Además, a pesar de que el sistema estadounidense excluye toda injerencia del Estado, deja, con todo, la expresión artística a merced de la censura privada y pública, no sin cierta hipocresía.<sup>55</sup>

En realidad, actualmente las amenazas a la libertad del artista proceden en mayor medida de los grupos que de los Estados. Los ataques “horizontales” a esta libertad están sustituyendo a las violaciones “verticales”. A este respecto, en nuestros días los acontecimientos han superado de algún modo la búsqueda de un equilibrio entre el Estado y el individuo, que fue el objetivo de los instrumentos internacionales. El caso Rushdie constituye un claro ejemplo de ello, ya que lo que se pone en tela de juicio es la propia autoridad del Estado con respecto a uno de sus nacionales, sin dejar ninguna posibilidad de “protección diplomática” en el sentido más clásico del derecho internacional público, para no mencionar el respeto de los derechos humanos. Lo que se cuestiona es la soberanía británica en la persona de uno de sus súbditos.<sup>56</sup>

En la actualidad resulta más necesario encontrar nuevas formas de protección que entablar pleitos. La UNESCO ha desempeñado un papel de avanzada en este ámbito mediante el procedimiento que introdujo su Consejo Ejecutivo en virtud de la decisión 104 EX/3.3 ya en 1978 para examinar las comunicaciones “con respecto a los casos y a los asuntos de violación de derechos humanos que entren en las esferas de competencia de la UNESCO”.<sup>57</sup> Por tanto, el procedimiento está diseñado en parti-

---

55. La censura financiera también reviste una gran importancia. Los grupos de presión pueden lograr que el propio Estado contemple la posibilidad de dejar de conceder subvenciones públicas a los museos que organizan exposiciones que escandalizan a un sector determinado del público, como ocurrió en el caso Mapplethorpe, en la Galería de Arte Corcoran de Washington en 1989. En aquella ocasión, el Senado redactó nuevas directrices para la Fundación Nacional de Arte excluyendo las obras consideradas “obscenas”.

56. Véase D. Pipes, *The Rushdie affair*, Birch Lane, Secanus NJ, 1990.

57. Decisión 104 EX/3.3, párr. 14. Citada en Patrice Rolland y Paul Tavernier, *Textes sur la protection internationale des droits de l'homme*. Que sais-je? n.º 2461, 2ª edición, 1994. Véase



cular para las violaciones “en las esferas de la educación, la ciencia, la cultura y comunicación”. Ahora bien, como dicho procedimiento es confidencial, resulta difícil evaluar su alcance. Cada año se tramitan de veinte a treinta casos aproximadamente por medios “diplomáticos”.<sup>58</sup>

En cambio, otras iniciativas más recientes apuntan a tomar medidas de carácter público. En 1993, la Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas nombró a un “relator especial sobre la promoción y protección del derecho a la libertad de opinión y de expresión”. En 1996, el mandato del Sr. Abid Hussain (India), relator especial, fue prorrogado por tres años.<sup>59</sup> El relator especial se encarga de redactar un informe anual sobre la libertad de expresión y de visitar los países en que, a su juicio, la situación es especialmente delicada. En consecuencia, el Sr. Hussain ha preparado informes sobre Belarrús, Irán, Corea, Malawi, Polonia y Turquía.<sup>60</sup> Cada año la propia Comisión de Derechos Humanos aprueba una resolución sobre el derecho a la libertad de opinión y de expresión. En la Resolución 1997/27, la Comisión “expresa su preocupación por el gran número de casos de detención, detención prolongada y ejecuciones extrajudiciales, persecución y hostigamiento, en particular por la aplicación indebida de las disposiciones legales sobre el delito de calumnia, así como de amenazas, actos de violencia y discriminación contra las personas que ejercen el derecho a la libertad de opinión y de expresión y los derechos estrechamente relacionados de la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión, de reunión pacífica y de asociación, así como el derecho a participar en la dirección de los asuntos públicos, y su particular preocupación por los actos de esa índole que afectan a los profesionales de la información, incluidos periodistas, directores de periódicos, escritores, autores, traductores, directores de empresas editoriales, locutores, impresores y distribuidores, así como a las personas que desean promover los derechos enunciados en la Declaración Universal de Derechos Humanos y en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y por enseñar esos derechos a los demás, o que defienden esos derechos y

---

Suzanne Bastid, “La mise en œuvre d’un recours concernant les droits de l’homme dans le domaine relevant de la compétence de l’UNESCO”, *Mélanges Mosler, Festschrift Hermann Mosler*, Berlín, Springer Verlag, 1983, pág. 45.

58. Indicación dada por Josyane Couratier durante la Conferencia de la SFDI (Société Française pour le Droit International). *Enseignement du droit international, recherche et pratique*, Pedone, 1997, pág. 85.

59. Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, Resolución 1996/53.

60. Véanse los informes sucesivos del Relator Especial de las Naciones Unidas E/CN.4/1995/32 (Malawi); E/CN.4/1996/39 Add.1 (Corea) y Add.2 (Irán); E/CN.4/1997/31 y Add.1 (Turquía); E/CN.4/1998/40 Add.1 (Belarrús) y Add.3 (Polonia).

libertades, en particular los juristas y otros profesionales que representan a personas que ejercen esos derechos”.

Aunque esta disposición es algo enrevesada, tiene el mérito de aclarar que la libertad de expresión no es el privilegio de unos pocos afortunados, sino el semillero de una “cultura de los derechos humanos”. Los escritores y “defensores de los derechos humanos” deberían gozar de una protección especial porque son los principales blancos, del mismo modo que los derechos sindicales constituyen el fundamento del ejercicio de los derechos de todos los trabajadores.

A finales de 1997, el Consejo Permanente de la Organización para la Seguridad y la Cooperación en Europa (OSCE) decidió crear el puesto de “representante de la OSCE sobre la libertad de los medios de información”.<sup>61</sup> Freimut Duve, un destacado periodista que después llegó a ser parlamentario, fue nombrado por el nuevo cargo por un mandato de tres años que se inició en 1998. Aunque oficialmente no posee el título de “Alto Comisionado” (como el Alto Comisionado de la OSCE para las Minorías Nacionales), el mandato del representante le convierte en un mediador en el ámbito de la libertad de prensa. El término “medios de información” se utiliza para proteger a los periodistas y la “libertad de palabra” en una “sociedad libre y abierta” en la que “la transparencia de los sistemas de gobierno” sólo puede ser garantizada por conducto de “medios de información libres, independientes y pluralistas”. Su mandato le confirió, en particular, una función de “alerta rápida” en caso de que se produzcan violaciones de la libertad de expresión o se obstaculicen las actividades de los medios de información.

Más allá de todos estos mecanismos destinados a proteger la libertad de expresión, la libertad del artista parece ser irreductible. Aunque los artistas son la expresión de una sociedad, su principal vocación no es necesariamente participar en el “debate público”. A este respecto, parece que los tribunales no han tenido en cuenta una distinción fundamental entre las obras basadas en la memoria, que contribuyen al debate histórico o político, y las que son producto de la imaginación, ya sea de ficción literaria o de artes plásticas. Jean-François Chevrier, profesor de la Escuela de Bellas Artes de

---

61. Decisión n.º 193, 5 de noviembre de 1997 (PC/DEC/193 en PC/JOUR/137). La decisión va acompañada de una declaración interpretativa redactada por Francia en su calidad de Presidente del Comité de Ministros del Consejo de Europa, en nombre de unos treinta Estados partes en la Convención Europea para la Protección de los Derechos Humanos, en la que reafirman su compromiso con las disposiciones relativas a la libertad de expresión, comprendida la libertad de los medios de información, de la Convención Europea para la Protección de los Derechos Humanos. En su opinión, el representante de la OSCE sobre la libertad de los medios de información también debería inspirarse en estas disposiciones durante el ejercicio de su mandato. Belarrús, Croacia, Suiza y Ucrania no firmaron la declaración conjunta.

París, observó que “el arte tiende a crear formas más que relaciones sociales y a transmitir emociones más que preceptos morales. Las autoridades piden con cada vez más frecuencia a los artistas que se dediquen a la “asistencia social” para abordar con la imaginación problemas que ellas mismas son incapaces de resolver mediante medidas políticas. Se está invitando a los artistas a establecer vínculos sociales”.<sup>62</sup>

Por consiguiente, un arte postmoderno que busca su identidad en provocaciones gratuitas o narcisistas y en discontinuidades estéticas o incluso en retrocesos parece estar totalmente en desacuerdo con un enfoque jurídico “de armonización” adoptado en aras del “progreso en los asuntos humanos” en el que el margen nacional de valoración se utiliza de una manera un tanto hipócrita para ocultar un puritanismo victoriano que no se atreve a pronunciar su nombre. Con demasiada frecuencia, parece que el debate se limita a un enfrentamiento entre el arte del siglo XXI y el derecho del siglo XIX.

Ya en 1905, G. K. Chesterton<sup>63</sup> subrayaba las contradicciones de la sociedad victoriana cuando escribió lo siguiente con el estilo paradójico que le caracteriza: “En el siglo XV los hombres interrogaban y torturaban a un hombre porque defendía alguna actitud inmoral; en el siglo XIX halagamos y ensalzamos a Oscar Wilde porque predicaba una doctrina de este tipo y posteriormente le censuramos condenándolo a trabajos forzados por haberla puesto en práctica. Nos podemos preguntar cuál de los dos métodos era más cruel pero no cabe ninguna duda sobre cuál era el más ridículo.”<sup>64</sup> El arte siempre hará malas pasadas a la moral, pues a la relación lineal a la que el derecho tiende a reducir el “debate público”, opone una contradicción interna de la que a veces es la primera víctima. Durante muchos años la criminalización de los artistas típica de las sociedades totalitarias (en la Unión Soviética de Brezhnev, el realizador Parajanov fue acusado de traficar con iconos y condenado a seis años de trabajos forzados por homosexualidad) correspondió a su tratamiento psiquiátrico en las sociedades liberales. Probablemente, el hecho de que los grandes artistas suizos terminaran sus días abandonados o encerrados, como Robert Walser,<sup>65</sup> no es totalmente casual.

---

62. *Le Monde*, 10 de marzo de 1998, entrevista: “Notre époque appelle un rapprochement entre l’art, l’information et le document.”

63. Gilbert Keith Chesterton (1874-1936), crítico y autor inglés de poesías, ensayos, novelas e historias breves. Se centró principalmente en la crítica social, la crítica literaria y la teología y el razonamiento religioso.

64. G. K. Chesterton, *Heretics*, John Lane, 1905, pág. 16.

65. Robert Walser (1878-1956), célebre novelista suizo de habla alemana que pasó los últimos veinticinco años de su vida en un hospital psiquiátrico y murió olvidado. Asimismo, recientemente se ha revelado que Robert Musil, que se refugió en Zurich en 1938 a consecuencia del Anschluss, tuvo que “abandonar toda actividad que pudiera ofender a los escritores

En un artículo que llevaba el título provocador de “Lo obsceno y lo malsano en el arte”, publicado en 1911 después de que la policía de Berlín hubiera prohibido los *Carnets* de Flaubert, Robert Musil demostró mejor que nadie la ambigüedad de un orden moral en las artes. Con su fría lógica de ingeniero, se propuso demostrar que “... el arte debería ser capaz no sólo de representar lo inmoral y lo abyecto, sino también de amarlo. Al realizar esta afirmación, estoy dando por sentado que, desde el punto de vista de la sociedad, lo inmoral, lo abyecto y lo malsano existen por derecho propio (y no sería razonable que alguien lo negara). Sin embargo, ello significa que nuestra afirmación sólo puede adoptar tres formas posibles: o bien lo obsceno y lo malsano dejan de serlo una vez que hayan sido representados por un artista, o bien se ha de aceptar (dejando de lado los casos en que se representan únicamente para provocar una reacción, por ejemplo, para ser condenado, cosa que nunca ha ocurrido) que el amor de un artista por estos aspectos de la realidad no es lo mismo que la seriedad que generalmente se requiere en la realidad, dicho con otras palabras (eliminando inmediatamente toda posibilidad de confusión con charlatanes o progres bohemios que lucen corbatas llamativas) su seriedad en el arte. En tercer lugar, lo obsceno y lo malsano también podrían tener aspectos positivos en la vida...” A pesar de todo, añadió lo siguiente: “Una vez dicho esto, no deberíamos negar que hay riesgos. Existen deseos indefinidos que no son lo suficientemente intensos como para que la gente se atreva a ponerlos en práctica en la vida pero sí lo bastante fuertes como para que intente plasmarlos en el arte y probablemente habrá gente que utilice la vida y el arte con este fin; sin embargo, o experimenta el efecto liberador de su actuación [...] o sencillamente no se puede hablar de arte.”<sup>66</sup>

---

suizos” a petición de la propia Sociedad Suiza de Escritores. En 1940, la policía encargada de los extranjeros estaba preocupada por la llegada de otro exilado, James Joyce, que podía “importunar a los escritores del país o incluso competir con ellos” (*Le Monde*, 11 de marzo de 1998).

66. Edición francesa: *Essais*, París, Le Seuil, 1984.

# ¿ PUEDEN LOS DERECHOS CULTURALES PROTEGER LOS CONOCIMIENTOS CULTURALES TRADICIONALES Y LA DIVERSIDAD BIOLÓGICA?\*

Darrell Addison Posey

## 1. INTRODUCCIÓN

Una de las principales funciones de los derechos culturales consiste en proteger los “bienes culturales” de los seres humanos, como por ejemplo el arte, la música, las distintas variedades de danza, las imágenes, las actuaciones, la literatura oral, la artesanía y otras expresiones de sociedades bien definidas e inconfundibles. A diferencia de los derechos civiles y políticos (consagrados en la Declaración Universal de Derechos Humanos), que atañen fundamentalmente al individuo, los derechos culturales parten de derechos que se pueden expresar y ejercer por igual en los planos colectivo e individual.<sup>1</sup> De hecho, las sociedades indígenas y tradicionales y numerosas minorías étnicas sólo pueden ejercerlos en cuanto sistemas de derechos colectivos. El motivo es que buena parte de los conocimientos y la “cultura” es patrimonio (aunque normalmente no “propiedad”) de colectividades enteras como comunidades, linajes, clanes o sec-

---

\* El presente estudio se basa en la “Introducción” de un volumen especial del Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente (PNUMA) titulado *Cultural and spiritual values of biodiversity* (Darrel Posey, director de la publicación y autor principal), Londres, PNUMA/Intermediate Technology Press, 2000. Para más información dirigirse a: Carmen Tavera, PNUMA (Diversidad biológica), Nairobi (carmen.tavera@unep.org).

1. Protegen los derechos colectivos instrumentos internacionales básicos como el Convenio sobre la Diversidad Biológica, la Convención de las Naciones Unidas para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, de las Naciones Unidas, y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, de las Naciones Unidas. Véase D. Posey, *Traditional resource rights: international instruments for protection and compensation for indigenous peoples and local communities*, Ginebra, UICN (Unión Mundial para la Naturaleza), 1996.

tores determinados por la edad o por lazos familiares e incluso antepasados o entidades espirituales.<sup>2</sup>

Muchos gobiernos se han opuesto a los derechos colectivos al considerar que, puesto que limitan la propiedad individual y su enajenación, ponen en peligro instrumentos fundamentales de la industria y el comercio internacionales como los derechos de propiedad intelectual.<sup>3</sup> Eso ocurre en particular cuando los “bienes culturales” encierran un valor económico fuera de su comunidad de origen. En consecuencia, las transacciones comerciales llevadas a cabo con “bienes culturales” plantean complejas cuestiones en torno a la propiedad y a la representación jurídica y en torno a cuestiones ulteriores como el rescacimiento, el pleito y la compensación (de qué modo y a quién ha de concederse la indemnización y cuál es la forma adecuada que ésta debe adoptar).<sup>4</sup> A medida que las empresas y científicos dedicados a descubrir nuevos productos “naturales” (actividad que se suele denominar “prospección biológica”)<sup>5</sup> se han ido centrando progresivamente en la investigación y la explotación de los conocimientos y los recursos genéticos autóctonos, ha crecido la preocupación acerca de la manera de proteger los recursos tradicionales de la utilización y la explotación no autorizadas.

Esta preocupación es un elemento fundamental del Convenio sobre la Diversidad Biológica, que actualmente constituye uno de los principales marcos internacionales donde se debate la cuestión de la aplicación de los derechos culturales y humanos

---

2. D. A. Posey y G. Dutfield, *Beyond intellectual property: toward traditional resource rights for indigenous peoples and local communities*, Ottawa, Centro Internacional de Investigaciones para el Desarrollo, 1996, págs. 75-92; D. A. Posey, *Principles for sui generis options for the protection of the traditional resource rights of indigenous and local communities*, estudio preparado para la mesa redonda de la OMPI (Organización Mundial de la Propiedad Intelectual) sobre la propiedad intelectual de los pueblos indígenas, celebrada en Ginebra los días 23 y 24 de julio de 1998.

3. Posey y Dutfield, *ibidem*.

4. Véase por ejemplo, D. Downes, S. Laird, C. Klein y B. Carney, “Biodiversity prospecting contracts,” en W. Reid, S. Laird, C. Meyer, R. Gamez, A. Sittenfeld, D. Janzen y C. Juma (comps.), *Biodiversity prospecting: using genetic resources for sustainable development*, World Resource Institute, Washington, D.C., 1993, págs. 255-87; y J. Sutherland, *National overview of policies, protocols and legislation dealing with indigenous australians’ intellectual and cultural property*, estudio presentado en un taller de la Rainforest Aboriginal Network and Wet Tropics Management Authority que se celebró del 25 al 27 de noviembre de 1993 (sin publicar). Para contactar al autor dirigirse a: Australian National University, Department of International Relations, GPO Box 4, Canberra, ACT 2601, Australia.

5. W. Reid, S. Laird, C. Meyer, R. Gamez, A. Sittenfeld, D. Janzen y C. Juma (comps.), *Biodiversity prospecting...*, *op. cit.*

a la conservación de los conocimientos ecológicos tradicionales y la diversidad biológica.<sup>6</sup> En el artículo 8 párrafo (j) del Convenio se insta a proteger “los conocimientos, las innovaciones y las prácticas” (el conjunto de expresiones de la cultura) de las comunidades indígenas y locales “que entrañen estilos tradicionales de vida”.

El Convenio ha contribuido en buena medida a destacar el potencial económico que encierra la diversidad biológica y, a la vez, la importante contribución del conocimiento y la cultura a la reducción de la duración y el costo de las actividades de investigación y elaboración de productos nuevos. En consecuencia, hoy en día están íntimamente ligados los aspectos económicos de la diversidad biológica y los aspectos culturales del conocimiento y de la utilización de dicha diversidad que posean las comunidades locales, sin contar casi nunca con garantías de protección de tales recursos tradicionales o de indemnización equitativa en caso de explotación.

Otro problema de entidad que plantea este enfoque reside en el hecho de que las poblaciones indígenas no conciben una separación clara entre “naturaleza” y “cultura”: entienden que la *expresión cultural* comprende la “naturaleza” y el “medio ambiente”, pues ambos elementos son prolongación (o manifestación) de la sociedad. Muchos grupos creen a pie juntillas que naturaleza *es* sociedad o, lo que es lo mismo, que la sociedad es inseparable de la naturaleza. Cuando, por ejemplo, el pueblo Haudenosaunee (Seis Naciones) inaugura y clausura sus reuniones mencionando a “todos nuestros parientes”, el saludo se refiere a todos los entes vivos y no sólo a los seres humanos. Para ellos la “diversidad biológica” es concebida como “la familia de todo lo que vive”.<sup>7</sup>

Debido a esta continuidad, que a veces recibe el nombre de “trama vital”, los instrumentos tradicionales sobre derechos humanos y culturales no resultan del todo apropiados para proteger los conocimientos ecológicos tradicionales y las especies animales y vegetales (junto con su material genético correspondiente), que comparten esa trama vital con los seres humanos. El motivo es que la “naturaleza” y la “cultura” encierran valores espirituales que, al unirlas indisolublemente, impiden toda propiedad. Los pueblos indígenas y tradicionales exigen cada vez con más fre-

---

6. El Convenio sobre la Diversidad Biológica se preparó en el marco de la Conferencia Internacional sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo (CNUMAD) de las Naciones Unidas, que se celebró en junio de 1992 en Río de Janeiro con ocasión de la “Cumbre para la Tierra”. Ahora que cuenta con la firma de más de 185 países, puede que sea el principal instrumento internacional de debate en torno a los derechos humanos, el comercio, la sostenibilidad y el medio ambiente. Figura más información en D. Posey, *Traditional resource rights...*, *op. cit.*, págs. 43-56.

7. Lyons, “Perspectives from indigenous peoples”, en D. A. Posey (comp.), *Cultural and spiritual values of biodiversity*, *op. cit.*



cuencia nuevos sistemas *sui géneris* de protección, es decir, sistemas que, a diferencia de los modelos existentes, hayan sido preparados para responder a las exigencias concretas de una situación determinada para la que aquellos modelos no fueron creados y a la que no garantizan una protección adecuada. Un sistema *sui géneris* de ese estilo serviría para que estos pueblos protegieran la naturaleza y la cultura, que son patrimonio individual y colectivo, en el marco de los sistemas globales de conocimiento que los caracterizan en cuanto pueblos bien definidos e inconfundibles. Algunos de los principios que subyacen a los sistemas alternativos de derechos existen actualmente en el marco de los derechos culturales, pero hay otros a cuya búsqueda los propios pueblos indígenas están plenamente dedicados (por medio del Proyecto de Declaración sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas) como también la comunidad científica (mediante, por ejemplo, los “principios de asociación” de la Sociedad Internacional de Etnobiología).

## 2. LOS PUEBLOS INDÍGENAS Y LA DIVERSIDAD BIOLÓGICA

Muchas zonas del planeta donde la diversidad biológica es más elevada están habitadas por pueblos indígenas y tradicionales que ejemplifican lo que la Declaración de Belem<sup>8</sup> denomina un “vínculo indivisible” entre la diversidad biológica y la cultural. De hecho, de los nueve países o “centros de diversidad cultural” que se reparten el 60 por ciento de las lenguas de la humanidad, seis son asimismo países caracterizados por una “megadiversidad” excepcional de especies animales y vegetales únicas en su género.<sup>9</sup>

Se calcula que actualmente existe en todo el mundo un mínimo de trescientos millones de personas indígenas. Ocupan una amplia franja geográfica que se extiende de las regiones polares a los desiertos, sabanas y selvas de la zona tropical. El hecho de que de las seis mil lenguas que se hablan en todo el mundo entre cuatro y cinco mil

---

8. En la Declaración de Belem, que se promulgó en 1988 en ocasión del primer Congreso Internacional de Etnobiología de la Sociedad Internacional de Etnobiología, se enumeran las responsabilidades que incumben a los científicos y expertos en cuestiones del medio ambiente en lo que respecta a ajustar sus tareas a las necesidades de las comunidades locales y se indica la función decisiva que desempeñan los pueblos indígenas en relación con todos los aspectos de la planificación del medio ambiente a escala mundial (véase D. A. Posey y G. Dutfield, *Beyond intellectual property...*, *op. cit.*, págs. 2-3).

9. A. T. Durning, *Guardians of the land: indigenous peoples and the health of the earth*, Worldwatch Paper 112, Washington, D.C., 1992, pág. 6.



sean indígenas indica que los pueblos indígenas representan la mayor parte de la diversidad cultural mundial.<sup>10</sup>

Pero la riqueza lingüística mundial no se expresa únicamente a través de la diversidad de lenguas. Se expresa también en gran parte a través de dialectos de comunidades locales y pueblos tradicionales, e incluso de variaciones propias de individuos que hablan un mismo dialecto.<sup>11</sup> Dicho de otra manera, el idioma es el principal instrumento de transmisión oral y escrita de conocimientos ecológicos tradicionales especializados y de valores locales orientados al respeto y conservación de la naturaleza.

Es evidente que no todas las repercusiones de la acción del ser humano en el medio ambiente son positivas. De hecho, la destrucción de sistemas ecológicos enteros, la extinción de especies y la contaminación de las aguas y la atmósfera, fenómenos sin precedentes y de proporciones enormes, obedecen a la codicia de sociedades humanas que han perdido el norte. Factores como el crecimiento demográfico, el consumo excesivo, el derroche y la arrogancia pura y dura contribuyen a esta situación. Y aunque la mayor parte de esta devastación se debe a la competencia entre sociedades industriales que pugnan en los mercados mundiales, una proporción cada vez mayor de comunidades indígenas, agrícolas y locales está abandonando las tradiciones sostenibles para practicar ese tipo de actividad destructora.

Nadie tiene interés en idealizar a las poblaciones indígenas y las sociedades tradicionales, ni siquiera las que aún siguen en contacto con la Tierra y sus formas de vida; tan fácil resulta hallar prácticas no sostenibles en estas sociedades como resultó inventar el mito del “buen salvaje ecológico” que vive “en armonía y equilibrio con la naturaleza”.<sup>12</sup> Los propios pueblos indígenas rechazan ese tipo de mitos.<sup>13</sup> Como siempre ha ocurrido, todas las sociedades humanas, comprendidas las más tradicio-

---

10. *Ibidem.*

11. L. Maffi, “Language diversity: language and the environment”, en D. A. Posey (comp.), *Cultural and spiritual values of biodiversity, op. cit.*, capítulo 2; L. Maffi y T. Skutnabb-Kangas, “Language maintenance and revitalisation”, D. A. Posey (comp.), *Cultural and spiritual values of biodiversity, op. cit.*, capítulo 2; D. Harmon, 1995, estudio acerca de la situación de las lenguas que se hablan en el mundo según se expone en *Ethnologue. Southwest Journal of Linguistics*, 14, págs. 1-33.

12. K. H. Redford, “The ecologically noble savage”, *Cultural Survival Quarterly*, 15, págs. 46-48; K. H. Redford y A. M. Stearman, “Forest-dwelling native Amazonians and the conservation of biodiversity: interests in common or in collision?”, *Conservation Biology*, vol. 7, n.º 2, págs. 248-255.

13. R. Pierotti y D. R. Wildcat, “Traditional knowledge, culturally-based worldviews and Western science”, en D. A. Posey (comp.), *Cultural and spiritual values of biodiversity, op. cit.*, capítulo 4.

nales, están en evolución. En vista de que la evolución de la humanidad es producto de la adaptación y la transformación, cuando las culturas y ecosistemas se adaptan a condiciones distintas es inevitable que determinadas prácticas y costumbres, al dejar de ser adaptables, hayan de modificarse para que se amolden al nuevo entorno.

¿Pero qué tipo de sociedad está en mejores condiciones de adaptarse al ritmo sin precedentes de destrucción del medio ambiente en la actualidad? ¿Dónde cabe buscar ideas, opciones y tecnologías que puedan devolver la salud al planeta?

No cabe duda de que los candidatos más calificados son las sociedades tradicionales que observan de cerca las transformaciones del medio ambiente y orientan su ciencia, su filosofía y su cosmología al mantenimiento de la diversidad de las formas de vida y de los ecosistemas. Estos conocimientos ecológicos tradicionales, como los han denominado los científicos, se expresan mediante símbolos, categorías cognitivas e idiomas que quizá nos resulten difíciles de entender.<sup>14</sup> Aun así, sus manifestaciones prácticas pueden observarse, analizarse y documentarse científicamente mediante el estudio de complejos sistemas de agricultura y medicina, y sistemas eficaces de conservación de recursos silvícolas, acuáticos y de montaña.<sup>15</sup> De hecho, la cantidad de estudios sobre conocimientos ecológicos tradicionales de que se dispone actualmente basta para convencer hasta a los más escépticos de que el éxito de la conservación *in situ* depende no sólo de la aplicación de los conocimientos locales, sino también de que las comunidades indígenas y locales controlen su tierra y sus recursos.<sup>16</sup>

Tal postura está implícita en el artículo 8 párrafo (j) del Convenio sobre la Diversidad Biológica, en virtud del cual se dispone que toda parte contratante:

Con arreglo a su legislación nacional, respetará, preservará y mantendrá los conocimientos, las innovaciones y las prácticas de las comunidades indígenas y locales que entrañen estilos tradicionales de vida pertinentes para la conservación y la utilización sostenible de la diversidad biológica y promoverá su aplicación más amplia, con la aprobación y la participación de quienes posean esos conocimientos, innovaciones y prácticas, y fomentará que los beneficios derivados de la utilización de esos conocimientos, innovaciones y prácticas se compartan equitativamente.

14. Véase D. Posey y G. Dutfield, "Indigenous peoples and sustainability", Gland, Suiza, UICN (Unión Mundial para la Naturaleza), capítulo 2; J. Slikkerveer, "Ethnoscience: TEK and its application to conservation", en D. A. Posey (comp.), *Cultural and spiritual values of biodiversity*, *op. cit.*, capítulo 4.

15. D. A. Posey y G. Dutfield, *Beyond intellectual property...*, *op. cit.*, págs. 21-32.

16. J. Slikkerveer, "Ethnoscience: TEK and its application to conservation", en D. A. Posey (comp.), *Cultural and spiritual values of biodiversity*, *op. cit.*, capítulo 4.

En el Convenio también queda consagrada la importancia de las prácticas consuetudinarias en materia de conservación de la diversidad biológica y se insta a proteger la utilización y la aplicación de las “tecnologías tradicionales” y a repartir de forma equitativa los beneficios derivados de dicha utilización y aplicación (artículo 10, párr. c y artículo 18, párr. 4). Tal disposición supone un importante avance de cara al reconocimiento de los conocimientos ecológicos tradicionales y del aporte de las poblaciones indígenas y tradicionales al mantenimiento de la diversidad biológica. Lamentablemente, cuando la información o el material genético son extraídos de la sociedad de la que formaban parte, no existen leyes que protejan “los conocimientos, las innovaciones y las prácticas” de estas comunidades indígenas y locales. Muchos países ni siquiera reconocen el derecho fundamental de los pueblos indígenas a la existencia; y están aún menos dispuestos a concederles el derecho de libre determinación, el de tenencia de tierras o el de ejercer control sobre sus recursos tradicionales.

Los “derechos del agricultor”, cuestión de la que lleva dos decenios ocupándose la Organización de las Naciones Unidas par la Agricultura y la Alimentación, constituyen uno de los escasos intentos de reconocer el aporte de los agricultores tradicionales a la seguridad alimentaria mundial, pero su fundamento jurídico es endeble y, al rechazar hasta las garantías más elementales, algunos países poderosos impiden que funcione el fondo mundial creado para facilitar ciertos tipos de indemnización a los agricultores locales. La Organización de las Naciones Unidas par la Agricultura y la Alimentación se ocupa actualmente de revisar su Compromiso Internacional sobre Recursos Fitogénicos<sup>17</sup> a fin de fortalecer o ampliar los derechos del agricultor, pero el camino político que conduce a ese tipo de mejora es difícil e incierto.<sup>18</sup>

La Convención 169 de la Organización Internacional del Trabajo es el único instrumento jurídicamente vinculante dedicado en particular a la protección de los pueblos indígenas y tribales. La Convención propugna sin ambages la propiedad comunal y el control local de las tierras y recursos, pero no contempla su aplicación a los numerosos grupos tradicionales y agrícolas que desempeñan un papel decisivo en la conservación de la diversidad de los recursos agrícolas, medicinales y silvestres. Este instrumento, que hasta la fecha cuenta únicamente con diez signatarios, sirve de poco más que de punto de partida de los debates acerca de los derechos de los indígenas.<sup>19</sup>

---

17. Grain, “Towards a biodiversity community rights regime”, *Seedling*, vol. 12, n.º 3, 1995, págs. 2-14.

18. PNUMA, 1997, *The biodiversity agenda* (Decisiones de la tercera reunión de la Conferencia de las Partes en el Convenio sobre la Diversidad Biológica), Buenos Aires, 1996; K. Plenderleith, “The role of traditional farmers in creating and conserving agrobiodiversity”, en D. A. Posey (comp.), *Cultural and spiritual values of biodiversity*, *op. cit.*, capítulo 6.

19. D. Posey, *Traditional resource rights...*, *op. cit.*, págs. 25-28.

El panorama es igual de sombrío al analizar la legislación sobre derechos de propiedad intelectual. Los derechos de propiedad intelectual se establecieron para garantizar la protección de las invenciones e inventores en concreto, no la del folklore antiguo y colectivo ni la de los conocimientos ecológicos tradicionales de las comunidades indígenas y locales. Aun cuando se concedieran derechos de propiedad intelectual a las comunidades, lo normal es que con las diferencias de acceso a las patentes, al derecho de autor, a la experiencia práctica, a las leyes sobre secretos comerciales y al asesoramiento jurídico, diferencias debidas a lo elevado de los precios correspondientes, dichos derechos quedarán excluidos de todo tipo de registro, supervisión o litigio efectivos que se sirviera de dichos instrumentos.<sup>20</sup> Estas leyes no sirven para proteger debidamente los conocimientos ecológicos tradicionales y los recursos colectivos por los siguientes motivos: contemplan derechos individuales y no colectivos; exigen un acto de “invención” concreto; simplifican los regímenes de propiedad; fomentan la comercialización; sólo tienen en cuenta los valores comerciales; están supeditadas a las fuerzas y a la manipulación económicas; es difícil supervisarlas y garantizar su cumplimiento; resultan caras, complejas y laboriosas.

En el Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio de la Organización Mundial del Comercio (GATT/OMC) no se hace mención expresa de los conocimientos y los recursos genéticos de los pueblos tradicionales, pero se dispone que los Estados elaboren sistemas *sui generis* (preparados para cada caso particular) a fin de proteger las plantas.<sup>21</sup> Los gobiernos y las organizaciones no gubernamentales y populares dedican actualmente buenas dosis de energía intelectual a la definición del alcance de los nuevos modelos alternativos de protección. Aun así, el escepticismo planea sobre la validez que encierra la opción de los sistemas *sui generis* de cara a ofrecer alternativas importantes a los derechos de propiedad intelectual existentes.<sup>22</sup> Se vislumbra un rayo de esperanza gracias a la decisión de la Secretaría del Convenio sobre la Diversidad Biológica de implantar un “proceso entre sesiones”, destinado a evaluar las deficiencias de los derechos de propiedad intelectual y a elaborar normativas y principios dirigidos a los gobiernos que soliciten asesoramiento en torno a la legislación de acceso y transferencia con objeto de proteger a las comunidades tradi-

20. G. Dutfield, “Rights, resources and responses”, en D. A. Posey (comp.), *Cultural and spiritual values of biodiversity*, *op. cit.*, capítulo 11.

21. Artículo 27 del Acuerdo sobre los ADPIC. (Véase D. Posey, *Traditional resource rights...*, *op. cit.*, págs 102-103); véase también G. Dutfield, “Can the TRIPS Agreement protect biological and cultural diversity?”, *Biopolicy Paper*, n.º 19, Nairobi, African Center for Technology Studies, 1997.

22. C. Montecinos, “*Sui generis*: a dead-end alley”, *Seedling*, vol. 13, n.º 4, 1996, págs. 19-28.

cionales.<sup>23</sup> El Convenio sobre la Diversidad Biológica parece inclinarse en favor de la elaboración de uno o varios sistemas *sui generis* que, sin embargo, se diferenciarían en gran medida de los que autoriza el instrumento de la Organización Mundial del Comercio.

En esta situación, muchos países y poblaciones disponen de fascinantes oportunidades de participar en un debate histórico. Hasta la fecha, los organismos de las Naciones Unidas se han mostrado reacios a estudiar la posibilidad de crear “sistemas integrados de derechos” que vinculen el medio ambiente al comercio y los derechos humanos,<sup>24</sup> si bien el Grupo de Trabajo sobre Poblaciones Indígenas ha abierto nuevos caminos en este ámbito.<sup>25</sup> No obstante, el Convenio sobre la Diversidad Biológica y otros acuerdos concertados entre la Organización de las Naciones Unidas para la Agricultura y la Alimentación y la Organización Mundial del Comercio fomentan en la actualidad la celebración de consultas de alcance amplio entre la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI),<sup>26</sup> la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura (UNESCO), el Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente (PNUMA), el Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD), la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo (UNCTAD), la Organización Internacional del Trabajo (OIT), el Centro de Derechos Humanos de Ginebra y otros organismos. Para cumplir el difícil objetivo de concebir nuevos sistemas de derecho nacional e internacional que contemplen y fomenten la diversidad cultural y biológica hace falta que todos estos grupos y muchos más aporten sus dotes de creatividad e imaginación.

Los principios en que se sustentarían los sistemas *sui generis* de derechos figuran ya de diversas maneras en instrumentos internacionales como el Convenio

23. Secretaría del Convenio sobre la Diversidad Biológica. *The impact of intellectual property rights systems on the conservation and sustainable use of biological diversity and on the equitable sharing of benefits and use*, UNEP/CBD/COP/3/22; PNUMA, 1997, *ibidem*.

24. Véase A. E. Boyle y M. R. Anderson (comps.), *Human rights approaches to environmental protection*, Oxford, Clarendon Press, 1996.

25. E. I. Daes, *Estudio sobre la protección de la propiedad cultural e intelectual de los pueblos indígenas*, Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas, Grupo de Trabajo sobre Poblaciones Indígenas, Ginebra (Suiza), E/CN.4/Sub.2/1993/28, 1993.

26. En colaboración con el Alto Comisionado para los Derechos Humanos, la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI) celebró los días 23 y 24 de julio de 1998 una mesa redonda sobre la propiedad intelectual indígena que inauguró una nueva orientación de la política de la OMPI, antes empeñada en hacer caso omiso de los llamamientos pronunciados para investigar las cuestiones relacionadas con los derechos humanos en el marco de los regímenes de propiedad intelectual. Para más información, dirigirse a: Richard Owens, OMPI, Ginebra.

sobre la Diversidad Biológica y la Convención 169 de la Organización Internacional del Trabajo, y en importantes tratados de derechos humanos como el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Por lo que atañe a los pueblos indígenas, el Proyecto de Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas es el principal documento en el que se enumeran las exigencias básicas en materia de derechos y protección. La elaboración del proyecto, que ha durado casi dos decenios, ha contado con la orientación de cientos de representantes indígenas que colaboraron con el Grupo de Trabajo sobre Poblaciones Indígenas de las Naciones Unidas.<sup>27</sup> La Declaración, de amplio alcance y muy exhaustiva, es producto de uno de los procesos más transparentes y democráticos que han acogido hasta el día de hoy las Naciones Unidas. (En el apéndice A figura la totalidad del texto.) El Proyecto de Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas comprende los siguientes principios:

- El derecho a la libre determinación, la representación y la plena participación.
- El reconocimiento de los tratados existentes concertados con los pueblos indígenas.
- El derecho a determinar su propia ciudadanía y las obligaciones correspondientes a ésta.
- El derecho a gozar por igual de derechos individuales y colectivos.
- El derecho a vivir en libertad, en paz y en seguridad, ajenos a intervenciones militares o participación en las fuerzas armadas.
- El derecho a la libertad de religión y a la protección de los objetos y lugares sagrados, comprendidos los ecosistemas, las plantas y los animales.
- El derecho a la restitución de los bienes culturales, intelectuales, religiosos o espirituales de que hayan sido privados o que hayan sido utilizados sin su consentimiento y el derecho a la indemnización correspondiente.
- El derecho al consentimiento libre e informado (al consentimiento previo informado).
- El derecho a controlar el acceso a las plantas, los animales y los minerales de interés vital para su cultura y el derecho a disfrutar de la propiedad de éstos.
- El derecho a poseer, desarrollar, controlar y utilizar sus tierras y territorios, comprendido el medio ambiente total de las tierras, el aire, las aguas, los

---

27. A. Gray, "Voices of the Earth: introduction", en D. A. Posey (comp.), *Cultural and spiritual values of biodiversity*, *op. cit.*, capítulo 3.

- mares costeros, los hielos marinos, la flora y la fauna y los demás recursos que tradicionalmente han poseído u ocupado o utilizado de otra forma.
- El derecho a que se adopten medidas especiales de control, desarrollo y protección de sus ciencias, tecnologías y manifestaciones culturales, comprendidos los recursos humanos y los recursos genéticos, las semillas, las medicinas, el conocimiento de las propiedades de la fauna y la flora, las tradiciones orales, las literaturas, los diseños y las artes gráficas y dramáticas.
  - El derecho a disponer de una indemnización justa y equitativa por cualquier actividad que tenga consecuencias adversas de orden ambiental, económico, social, cultural o espiritual.

Aunque estas iniciativas positivas son muy apreciadas, estos principios se enfrentan a las ingentes fuerzas económicas y de mercado que propulsan la mundialización del comercio. La crítica de la mundialización presenta numerosas vertientes que sirven para poner de relieve al menos dos defectos: i) sólo se asigna valor a la información y los recursos que han empezado a circular en los mercados exteriores; y ii) los precios no guardan relación con los verdaderos costos ambientales y sociales de los productos. Lo señalado equivale a afirmar que, pese a que no se desconocen los elementos fundamentales que aporta la diversidad biológica en materia de supervivencia (alimentos, alojamiento, farmacopea, etc.), se hace caso omiso de los valores no monetarios reconocidos por las comunidades locales. Tampoco se asigna valor alguno a los conocimientos y los recursos de los pueblos indígenas y de las sociedades tradicionales, y se considera que pueden ser libremente explotados.

Este planteo, al que cabe dar el nombre de teoría de la “*terra nullius* intelectual”, se basa en el concepto de “tierra virgen” de que se sirvieron las potencias coloniales para declarar no ocupadas las tierras que “descubrían” y, en consecuencia, apropiárselas.<sup>28</sup> Las empresas y los Estados siguen defendiendo un concepto tan exento de consideraciones morales como éste, pues facilita el “biopillaje” de ciertas variedades de cultivos y de la farmacopea tradicional de las poblaciones locales, así como de especies que les son útiles.

Los propios científicos han contribuido a este tipo de saqueo al publicar datos a sabiendas de que, una vez transformados en información de dominio público, caerían en manos de los encargados de la “prospección biológica” abocados a la búsqueda de nuevos productos. Los científicos también han perpetuado el concepto de “*terra nullius* intelectual” al declarar “silvestres” ciertas especies locales de utilidad práctica y al

---

28. M. Langton, “Art, wilderness and *terra nullius*”, en *Ecopolitics IX: perspectives on indigenous peoples’ management of environment resources*, Northern Territory University, Darwin, 1996, pág. 23.



calificar ecosistemas enteros de “zona virgen”, pese a saber en muchos casos que dichas plantas y ecosistemas llevan milenios siendo modificados, administrados y protegidos por poblaciones humanas.<sup>29</sup>

También es corriente que los científicos declaren “silvestres” zonas y recursos sin haber llevado a cabo investigaciones de base en torno a su arqueología, su historia y su gestión. De esa manera, lo que se consigue es declarar “natural” todo tipo de diversidad biológica, con lo que ésta pasa así al dominio público privando a las comunidades de todo derecho a disponer de sus recursos tradicionales.

No sorprende, pues, que varios grupos indígenas de la región del Pacífico hayan decretado una moratoria de todo tipo de investigación científica hasta que los encargados de llevarla a cabo estén en condiciones de garantizar a las comunidades locales la protección de los conocimientos tradicionales y los recursos genéticos. El “movimiento de moratoria” se inició en 1993 con la Declaración de Mataatua<sup>30</sup> (cláusula 2.8): “Ha de decretarse una moratoria que suspenda las nuevas tareas de comercialización de las plantas medicinales indígenas y de material genético humano hasta que las comunidades indígenas hayan elaborado mecanismos de protección adecuados.”

La Declaración de Mataatua influyó a su vez en la Declaración Final de la Consulta de 1995 sobre los conocimientos y los derechos de propiedad intelectual de los pueblos indígenas, celebrada en Suva (Fiji).<sup>31</sup> En el texto se lee lo siguiente:

Exigimos la imposición de una moratoria de la prospección biológica en el Pacífico y exhortamos a los pueblos indígenas a que no colaboren en las actividades de prospección biológica hasta que se disponga de mecanismos de protección adecuados:

- Hace falta definir con exactitud la expresión “prospección biológica” a fin de que queden excluidas las prácticas agrícolas consuetudinarias de los pueblos indígenas.
- Debe reconocerse que la conservación *in situ* llevada a cabo por los pueblos indígenas constituye el mejor método de conservación y protección de la diversidad biológica y los conocimientos indígenas y debe fomentarse el ejercicio de este tipo de conservación por parte de comunidades indígenas y de todos los organismos pertinentes.

29. *Ibidem*, págs. 20-30.

30. D. A. Posey y G. Dutfield, *Beyond intellectual property...*, *op. cit.*, págs. 205-208.

31. PCRC (Pacific Concerns Resource Centre), 1995. Actas de la Consultación de 1995 sobre los conocimientos y los derechos de propiedad intelectual de los pueblos indígenas, celebrada del 24 al 27 de abril en Suva (Fiji), Pacific Concerns Resource Centre (Suva) y PNUD (Nueva York), cláusula 2.



- Hay que instar a los pueblos indígenas a que conserven y amplíen los conocimientos en materia de recursos biológicos locales.

Muchas organizaciones científicas y profesionales se proponen disipar este tipo de inquietud elaborando códigos de conducta y normas prácticas propios que rijan los proyectos de investigación, de sanidad, de educación y de conservación llevados a cabo con comunidades indígenas y locales.<sup>32</sup> Tienen un alcance particularmente amplio los principios de la Sociedad Internacional de Etnobiología, que pasó diez años celebrando consultas con pueblos indígenas y tradicionales y con su enorme red internacional de miembros con miras a determinar “principios de asociación equitativa”.<sup>33</sup> Este proceso tenía fundamentalmente por objeto determinar las condiciones, fundadas en la confianza, la transparencia y la confluencia de intereses, en que han de colaborar e investigar conjuntamente los etnobiólogos y las comunidades. La lectura de estos principios merece un interés especial:

- a) *Principio de libre determinación.* En virtud de este principio se reconoce el derecho de los pueblos indígenas a la libre determinación (o, en el caso de las comunidades tradicionales y locales, a la determinación de ámbito local) y la obligación de los investigadores de reconocer y respetar tales derechos según proceda. Habida cuenta de que la cultura y la lengua guardan una relación íntima con las tierras y los territorios y que la diversidad cultural y lingüística es inseparable de la diversidad biológica, el principio de libre determinación abarca: i) el derecho a ejercer control sobre las tierras y territorios; ii) el derecho a disponer de lugares sagrados; iii) el derecho a la titularidad de los conocimientos y a determinar la utilización, la acreditación, la protección y la indemnización con respecto a los mismos; iv) el derecho de acceso a los recursos tradicionales; v) el derecho a conservar y proteger las lenguas, símbolos y modalidades de expresión locales y vi) el derecho a la autodefinición.
- b) *Principio de inalienabilidad.* En virtud de este principio se reconocen los derechos inalienables de los pueblos indígenas y comunidades locales con respecto a sus tierras, territorios, bosques, recursos pesqueros y otro tipo de

---

32. Véase Posey, *Indigenous people and traditional resource rights: a basis for equitable relationships?*, Oxford, Green College Centre for Environmental Policy and Understanding, 1995; A. B. Cunningham, “Ethics, ethnobiological research and biodiversity”, Gland, Suiza, Iniciativa Pueblos y Plantas del WWF, UNESCO y Kew, WWF International, 1993.

33. Working Group on Traditional Resource Rights (Grupo de Trabajo sobre Derechos a los Recursos Tradicionales), “Draft code of ethics and standards of practice of the International Society of Ethnobiology”, *Bulletin of the Working Group on Traditional Resource Rights*, vol. 4, 1997, págs. 22-28.

recursos naturales tradicionales. Gracias a estos derechos, que tienen una doble dimensión individual y colectiva, los pueblos locales determinan los regímenes de propiedad adecuados.

- c) *Principio de repercusión mínima.* En virtud de este principio se reconoce la obligación de los científicos e investigadores de garantizar que sus investigaciones y otro tipo de actividades tengan una repercusión mínima en las comunidades locales.
- d) *Principio de revelación total.* En virtud de este principio se reconoce la importancia de comunicar a los pueblos y las comunidades locales indígenas y tradicionales, de manera que les resulte comprensible, el método de investigación previsto, la manera en que va a recopilarse la información, el objetivo final que se persigue al emplear la información y quién va a encargarse de emplearla.
- e) *Principio de consentimiento previo en conocimiento de causa y de veto.* En virtud de este principio se reconoce que hace falta contar con el consentimiento previo e informado del conjunto del pueblo y sus comunidades antes de emprender cualquier tipo de investigación. Los pueblos indígenas, las sociedades tradicionales y las comunidades locales tienen derecho a vetar cualquier programa, proyecto o estudio que les afecte.
- f) *Principio de confidencialidad.* En virtud de este principio se reconoce que los pueblos indígenas, las sociedades tradicionales y las comunidades locales tienen derecho exclusivo a ejercer su albedrío en lo que respecta a prohibir la publicación o a mantener la confidencialidad de cualquier tipo de información relativa a su cultura, sus tradiciones, sus mitologías o sus creencias espirituales y que los investigadores y el resto de los posibles usuarios han de respetar dicha confidencialidad. Los pueblos indígenas y tradicionales poseen asimismo el derecho a la intimidad y al anonimato.
- g) *Principio de participación activa.* En virtud de este principio se reconoce la importancia decisiva de que las comunidades tomen parte activa en todas las fases del proyecto, desde el principio hasta el final.
- h) *Principio de respeto.* En virtud de este principio se reconoce que los investigadores occidentales deben respetar la integridad de la cultura y las tradiciones de los pueblos indígenas y tradicionales, así como sus relaciones con el entorno natural y abstenerse de aplicar conceptos y normas etnocéntricos.
- i) *Principio de protección activa.* En virtud de este principio se reconoce la importancia de que los investigadores adopten medidas activas encaminadas a proteger y potenciar la relación que guardan las comunidades con

- su medio ambiente y, en consecuencia, a fomentar la conservación de la diversidad cultural y biológica.
- j) *Principio de buena fe.* En virtud de este principio se reconoce que los investigadores y las demás personas que tengan acceso a los conocimientos de los pueblos indígenas, las sociedades tradicionales y las comunidades locales habrán de proceder rigurosamente de buena fe en todo momento.
  - k) *Principio de indemnización.* En virtud de este principio se reconoce que ha de remunerarse e indemnizarse de forma equitativa, apropiada y adecuada a las comunidades a cambio del acceso a sus conocimientos y su información y del empleo de dichos conocimientos y dicha información.
  - l) *Principio de reparación.* En virtud de este principio se reconoce que en caso de que la práctica de una investigación acarree consecuencias negativas y trastornos para las comunidades locales los encargados de cualquier fase de la investigación indemnizarán y compensarán debidamente a la comunidad.
  - m) *Principio de reciprocidad.* En virtud de este principio se reconoce el valor intrínseco que representa para la ciencia occidental y para la humanidad en general el acceso a los conocimientos de los pueblos indígenas, las sociedades tradicionales y las comunidades locales, y la conveniencia de corresponder a ese aporte.
  - n) *Principio de reparto equitativo.* En virtud de este principio se reconocen el derecho de las comunidades a disfrutar de los beneficios derivados de productos o publicaciones elaborados gracias al acceso a sus conocimientos y a la utilización de los mismos, y la obligación de los científicos e investigadores de compartir equitativamente estos beneficios con los pueblos indígenas.

Varios filósofos y teólogos que se ocupan del medio ambiente<sup>34</sup> han elaborado principios semejantes. Es de lamentar que una buena parte de este tipo de reflexión se haya formulado a través de un discurso enrarecido que apenas ha influido en la práctica de la ciencia o en la reglamentación pública. Entre las diversas excepciones notables a esta regla se destaca el concepto de “ecología radical” (*deep ecology*),<sup>35</sup> en el que se ha

---

34. J. Gollither, “Ethical, moral and religious concerns”, en D. A. Posey (comp.), *Cultural and spiritual values of biodiversity*, op. cit., capítulo 10.

35. A. Naess, *Ecology, community and lifestyle*, David Rotherberg (trad.), Cambridge, Cambridge University Press, 1989; B. Devall, *Simple in means, rich in ends: practicing deep ecology*, Salt Lake City, Gibbs Smith, 1988; W. Fox, *Toward a transpersonal ecology: developing new foundations for environmentalism*, Boston, Shambhala, 1990; G. Sessions (comp.), *Deep ecology for the 21st century*, Boston, Shambhala, 1995.

inspirado el movimiento militante “Lo primero, la tierra” (*Earth First*), que se propone acabar con la perspectiva antropocéntrica que otorga a los seres humanos el derecho a hacer lo que les apetezca con otros biotipos. Los ecologistas radicales sostienen que “el descaro con que se pide a la gente que ‘se responsabilice’ del medio ambiente ha de dar paso a la invitación a plasmar de forma radical las relaciones ecológicas existentes”.<sup>36</sup> Tal tarea equivale a restar prioridad a los *valores instrumentales* (la diversidad biológica considerada por su utilidad para los seres humanos) para concedérsela a los *valores intrínsecos* (sea o no de utilidad para los seres humanos, todo tipo de vida encierra valor), objetivo difícil de alcanzar en un mundo dominado por la economía y el comercio mundial.

El “ecofeminismo” también ha sido decisivo a la hora de determinar la manera en que la desigualdad de las relaciones de poder entre hombres y mujeres ha dado pie a la separación entre “naturaleza” y “espíritu”, fenómeno que ha catalizado la falta de respeto por la diversidad biológica y provocado la destrucción de ecosistemas.<sup>37</sup> El acento que se pone en el término “espíritu” sirve para tender un necesario puente entre culturas, pues las “cosmovisiones” constituyen los modelos de organización espiritual y conceptual de que se sirven los pueblos indígenas y tradicionales para incorporar su sociedad al mundo. Estas cosmovisiones se fundan en el “equilibrio sagrado” de fuerzas cósmicas que ponen en contacto a los seres humanos (tanto hombres como mujeres) con todas las variedades de vida (también en este caso, equitativamente distribuidas).

Lo indicado guarda relación con los conceptos de “trama vital” o de “árbol de la vida”, que ocupan un lugar fundamental en la mayor parte de las religiones del mundo. A muchas instituciones religiosas de importancia les cuesta reinterpretar y asumir sus propios principios básicos en un mundo moderno distanciado de las tradiciones del pasado y sacudido por las revoluciones derivadas del materialismo, el consumismo, el comercio mundializado y las comunicaciones instantáneas de ámbito mundial.<sup>38</sup> Algunas procuran solucionar el problema siguiendo las orientaciones del

36. J. Gollither, *ibidem*.

37. R. R. Ruether, *Gaia and God: an ecofeminist theology of earth healing*, San Francisco, Harper, 1992; R. R. Ruether “Ecofeminism: domination, healing and world views”, en D. A. Posey (comp.), *Cultural and spiritual values of biodiversity, op. cit.*, capítulo 10; C. Adams (comp.), “*Ecofeminism and the sacred*”, Nueva York, Continuum, 1993; M. Mies y V. Shiva, *Ecofeminism*, Londres, Zed Books, 1993; J. Plaskow y C. Chirst (comps.), *Weaving the visions: new patterns in feminist spirituality*, San Francisco, Harper and Row, 1989; A. Primavesi, *From Apocalypse to Genesis: ecology, feminism and christianity*, Minneapolis, Fortress Press, 1991.

38. J. Gollither, *ibidem*; T. Jensen, “Forming the ‘alliance of religions and conservation’”, en D. A. Posey (comp.), *Cultural and spiritual values of biodiversity, op. cit.*

llamado “proceso de Asís”, que invitó a la introspección a fin de hacer “reverdecer” las principales instituciones religiosas y promover el diálogo interconfesional.<sup>39</sup> Aunque ninguno de los dos procesos ha resultado fácil, el segundo encierra especial dificultad a causa de la tendencia monista de cada institución en lo que respecta a enseñar y predicar la verdad.

Son muchos los que han abandonado el mundo de las rencillas entre religiones para centrarse en una “ética” más práctica de la tierra, la diversidad biológica y el medio ambiente. Este movimiento se inspira en las ideas de Aldo Leopold en torno a la “ética territorial” y la “ciudadanía ecológica”.<sup>40</sup> Callicott<sup>41</sup> sostiene la “necesidad” de una ética de ámbito mundial formulada en torno al respeto de la diversidad de las culturas y los ecosistemas. Puede que esa “necesidad” no sea el resultado de la psicología humana y la reflexión moral, sino que esté profundamente arraigada en sustratos espirituales y psíquicos. Roszak<sup>42</sup> opina que la crisis ecológica se debe al “trastorno” profundo de la trama vital que forma parte de la conciencia humana.

De hecho, uno de los preceptos fundamentales de la propia ecología es que perturbar un elemento del sistema ecológico equivale a afectar a todos los demás y a trastocar el conjunto.<sup>43</sup> La manera en que la desaparición generalizada de la diversidad biológica y cultural afecta al *Homo sapiens* es alimento de conjeturas, pero no cabe duda de que las comunidades indígenas, tradicionales y locales son conscientes de los efectos negativos de ámbito local; el hecho de que manifiesten su extrema inquietud de orden cultural y espiritual se debe precisamente a que reconocen el hondo calado del trastorno.

### 3. CONCLUSIÓN

Para los pueblos indígenas, la “naturaleza” y la “cultura” son elementos inseparables, pues todas las formas de vida se relacionan formando una trama. Por ese motivo, al igual que los derechos culturales resultan instrumentos difíciles de aplicar a numerosos aspectos de la “naturaleza”, el derecho ambiental no resulta apropiado a la protección

---

39. M. Palmer, “Forming the ‘alliance of religions and conservation’”, en D. A. Posey (comp.), *Cultural and spiritual values of biodiversity*, op. cit.

40. A. Leopold, *A sand county almanac and sketches here and there*, Nueva York, Oxford University Press, 1949.

41. J. B. Callicott, *In defense of the land ethic: essays in environmental philosophy*, Albany, State University of New York Press, 1989.

42. T. Roszak, *The voice of the earth*, Nueva York, Simon and Schuster, 1992.

43. F. Capra, “Reconnecting with the web of life: deep ecology, ethics, and ecological literacy”, en D. A. Posey (comp.), *Cultural and spiritual values of biodiversity*, op. cit.

de los conocimientos ecológicos tradicionales y de los recursos genéticos. El auge de los intereses comerciales en la esfera de la diversidad biológica y los conocimientos tradicionales da pie a problemas aún mayores, pues los “componentes” o “productos” de la diversidad biológica suelen ser propiedad colectiva inalienable y son completamente indisociables de la trama vital y de la cultura. El debate de proporciones mundiales que gira en torno a los derechos de propiedad intelectual, debate que se ha ocupado de estas cuestiones, ha sido motivo de que los pueblos indígenas declaren una moratoria de las investigaciones y las prospecciones biológicas ulteriores hasta que no se hayan implantado mecanismos adecuados de protección e indemnización.

En el Convenio sobre la Diversidad Biológica se postula que las comunidades indígenas y locales son elementos clave del éxito de la conservación *in situ* de la diversidad biológica. Así pues, hacen falta mecanismos que potencien los conocimientos ecológicos tradicionales y fortalezcan la viabilidad de las comunidades locales. Suele pensarse que los derechos de propiedad intelectual no resultan adecuados o apropiados para pasar al plano de la realidad esta protección y esta potenciación. Aunque incluyan algunos de los conceptos necesarios en materia de protección e indemnización, los instrumentos de derechos humanos y culturales tampoco enuncian todos los principios necesarios. La Organización de las Naciones Unidas para la Agricultura y la Alimentación y la Organización Internacional del Trabajo siguen estudiando sistemas alternativos de protección de los recursos tradicionales e indígenas, pero cada vez está más claro que hace falta elaborar sistemas totalmente nuevos, o *sui generis*, que recojan el carácter holístico propio de las culturas indígenas.

Lo señalado demuestra que no puede ponerse fin a la devastación de la diversidad biológica y cultural echando mano de parches. La inquietante conclusión que se desprende de lo que antecede es que la crisis ecológica de ámbito mundial no va a resolverse con meros ajustes tecnológicos o medidas políticas superficiales. Citando las palabras de Alce Negro: “Es la historia de la vida de todo tipo, que es sagrada y digna de ser narrada, la historia de las relaciones que nosotros, animales de dos patas, guardamos con los de cuatro patas, con los animales alados que recorren el aire y con el conjunto de lo verde, pues todos ellos han sido engendrados por una misma madre y tienen por padre a un espíritu único.”<sup>44</sup>

Para que cambien de sentido los ciclos devastadores que la sociedad industrializada ha impuesto al planeta, habrá que inventar una “ecología” suficientemente poderosa para contrarrestar la deforestación, la erosión de los suelos, la desaparición de las especies y la contaminación, así como “prácticas sostenibles” que se complementen

---

44. Neihardt, *Black elk speaks*, Washington Square Press, 1959; D. Suzuki, “Finding a new story”, en D. Posey (comp.), *Cultural and spiritual values of biodiversity*, op. cit., capítulo 3.

con el crecimiento del comercio y el aumento del consumo y, por supuesto, una “ética ecológica de alcance mundial” inmune a los trastornos provocados por las instituciones dotadas de gran poder económico. Puede que la tarea sea imposible, pero existen algunos caminos practicables.

Uno de los más adecuados consiste en volver a aprender los conocimientos ecológicos y los principios sostenibles que nuestra sociedad ha olvidado (asumiendo la responsabilidad derivada de dichos conocimientos, como se señala en el epílogo que figura a continuación). La labor puede llevarse a cabo escuchando a los muchos pueblos del planeta que aún saben en qué época del año anidan los pájaros y emigran los peces, cuándo se enjambran las hormigas, en qué momento les salen las patas a los renacuajos, se erosionan los suelos y granan las plantas raras, pueblos dotados de cosmovisiones que manifiestan una concepción ecológica y ética de la sostenibilidad. Sin embargo, no basta con escuchar: hemos de defender el derecho fundamental que tienen sobre sus tierras, territorios, conocimientos y medios tradicionales. También debemos hallar la manera de oponer los valores culturales y espirituales de la diversidad biológica a las medidas económicas y de carácter utilitario. Esta última tarea supondrá sin duda la elaboración de opciones *sui generis* concebidas con el objetivo concreto de proteger y potenciar los sistemas culturales y naturales de carácter excepcional y concepción abarcadora propios de las comunidades indígenas y locales. Ahora que los pueblos indígenas nos han dado a conocer la existencia de la trama vital, nos incumbe la responsabilidad y el cometido de aplicar dicho conocimiento a fin de poner coto a la devastación de diversidad biológica y cultural. De coronar con éxito esta empresa, habremos levantado un monumento digno de la Declaración Universal de Derechos Humanos, que lleva cincuenta años sustentando los derechos y las aspiraciones de las personas y los pueblos de todo el mundo.

#### 4. EPÍLOGO: LA RESPONSABILIDAD QUE IMPLICA EL SABER

El *Homo sapiens* como especie recibió esta denominación debido a su inteligencia, que es al mismo tiempo una bendición y una maldición. El hecho de saber confiere poder pero la responsabilidad de saber constituye una carga enorme. Con harta frecuencia, la ciencia está obsesionada por el acopio de datos pero olvida por qué motivos se dedica a reunir información. Los clanes aborígenes kombumerri-munaljahlai de Australia cuentan la historia de un “niño inteligente” que está empeñado en estudiar un “escarabajo de Navidad” y que descubre que para ello debe convertirse en escarabajo y padecer el castigo que otros niños inteligentes han impuesto a la naturaleza y al mundo no humano.



EL ESCARABAJO DE NAVIDAD Y EL NIÑO INTELIGENTE<sup>45</sup>

- ¿Por qué?, dijo la cigarra al niño inteligente, ¿por qué preguntas?
- ¿Qué por qué pregunto? ¡Pregunto porque quiero saber!...
- ¡Quieres saber! ¿Y ésa es la única razón?
- ¡Sí! ¿Qué hay de malo en eso? No necesito tener otros motivos... Si quiero saber cómo vive un escarabajo de Navidad, no necesito ninguna otra razón. Si quiero saber algo, me encargo de averiguarlo.
- ¿De averiguarlo?... Supón que puedes descubrir cómo vive un escarabajo de Navidad. Y una vez que lo hayas descubierto, ¿para qué te va a servir?
- Para qué me va a servir... bueno, para nada, sólo quiero saber... y, tal vez, en el futuro me servirá.
- Tal vez en el futuro te servirá... quién sabe...
- ¡Sí!
- Entonces, ¿una vez que hayas conseguido la información no sabrás qué hacer con ella?... Sólo piensas que tal vez te sirva en el futuro... Dime, entre tanto, ¿qué harás con ella?
- Qué haré con ella... Bueno, ¡simplemente la almacenaré en mi cabeza!
- Simplemente la almacenarás en tu cabeza... ya veo...
- No me gusta la manera en que lo dices... ¿Qué hay de malo en almacenarla en la cabeza?
- ¿Sabes que cada información nueva ocupa espacio en tu mente?
- Sí, es lógico y el cerebro puede albergar enormes cantidades de información, igual que una computadora.
- Ah sí... eso si tiene un lugar para almacenarla.
- ¿A qué llamas lugar?
- La información que has adquirido hasta la fecha a lo largo de la vida tiene un marco establecido o un conjunto de criterios a los que debe ajustarse, por ejemplo, puedes aprender el nombre de todos los equipos de fútbol de la costa este o la denominación científica de todas las plantas de una zona determinada. Sin embargo, cuando empieces a aprender cómo vive un escarabajo de Navidad, descubrirás que no posees ninguna categoría predefinida porque nunca has recibido ese tipo de información... ¿Se trata del deseo innato de un niño inteligente de transformarse en un escarabajo de Navidad o en realidad estás pidiendo algo que supera tus posibilidades fisiológicas de adquisición de conocimientos? Es decir, esa información puedes colocarla en los lugares que te parezcan adecuados pero enseguida te darás cuenta de que no encaja, por lo que volverá a la mente otra vez y requerirá un nuevo lugar, como la señal impor-

45. C. Morris, Kombumerri/Munaljahlai clans, 1996.



tuna de un correo electrónico que interrumpe tu trabajo informático. Sencillamente invalida todo y exige una respuesta, como el teléfono. Por tanto, si no posees el conocimiento previo necesario (es decir, una categoría o experiencia anterior en la que colocar este conocimiento), esa información surgirá y resurgirá sin cesar y si no tienes cuidado te volverá loco o te distraerá de lo que estés haciendo hasta el punto de poder causar un grave accidente.

— ¡Un accidente!

— Sí, me temo que imagines que todo el conocimiento cabe en algún lugar de tu memoria de niño inteligente. Una vez más, es posible que sea así, pero debes saber en qué categoría vas a poder clasificarlo o qué puerta hay que abrir en tu mente. Piensa un poco en el tipo de conocimiento que necesitas antes de que puedas asimilar la experiencia de ser un escarabajo de Navidad. ¿Qué pasaría si de repente pudieras volar porque así lo deseas? ¿Influiría ello en tu mente en general? ¿Qué crees que sentirías se de pronto midieras cinco centímetros y un gran niño, inteligente pero torpe, se dirigiera hacia ti? ¿Qué ocurriría si quisiera cogerte y meterte en una botella porque eres muy bonito? ¿Qué pasaría entonces, niño inteligente? ¿Podrías dominar el miedo? ¿Podrías soportar la sensación de insignificancia? ¿Podrías soportar la idea de que tu vida esté en manos de un gigante torpe que quiere jugar contigo? ¿Qué ocurriría entonces, niño inteligente? ¿Cómo haría frente tu sensibilidad a semejante ataque, por no hablar de tu mente?

— Yo no dije que quería ser un escarabajo de Navidad, sólo quería saber cómo era.

— ¡Ah!, amigo mío, si te dijera cómo es, inmediatamente querrías medir sólo cinco centímetros de largo y confundirte con el entorno para poder ocultar la vergüenza que te daría saber lo que los niños inteligentes del mundo hacen a los que son diferentes de ellos.

El niño inteligente se quedó mirando al escarabajo de Navidad un rato y después lo tomó de su mano y lo dejó donde lo había encontrado.



# EL RESPETO DE LOS DERECHOS CULTURALES INDÍGENAS: EL CASO DE AUSTRALIA

Elizabeth Evatt

¿Se pueden proteger de manera adecuada los derechos culturales indígenas mediante ordenamientos jurídicos que se fundan en la protección de los derechos individuales y se oponen claramente a los valores culturales indígenas? ¿Deben considerarse los derechos culturales indígenas como un todo homogéneo y abordarse en el marco de un conjunto de principios elaborados con ese fin, o es posible modificar las distintas categorías de protección reconocidas en los ordenamientos jurídicos occidentales, como la legislación sobre derecho de autor, para tener en cuenta los intereses y las preocupaciones de los indígenas? En ese trabajo se estudian estas y otras cuestiones que han surgido en relación con el reconocimiento y el respeto de los derechos culturales de los aborígenes australianos. En particular, se examina la manera en que la legislación australiana ha sido capaz de contemplar o integrar los valores, las costumbres y las tradiciones culturales indígenas, y la aplicabilidad de las normas internacionales sobre derechos humanos y de otro tipo en este proceso.<sup>1</sup>

A la luz de la experiencia de Australia, se llega a la conclusión de que aunque el ordenamiento jurídico ha podido integrar algunos elementos de los valores culturales indígenas, en particular, el reconocimiento de la titularidad de los aborígenes, se han introducido pocas modificaciones en las normas básicas relativas al derecho de propiedad intelectual. Al no existir un principio general para el reconocimiento de los valores culturales indígenas, las comunidades aborígenes afirman que su cultura carece de protección adecuada.

No obstante, en este estudio no se pretende hablar en nombre de las comunidades indígenas, y es posible que sus reivindicaciones se presenten de una manera que para ellas no sea aceptable. Se ha redactado desde el punto de vista de un jurista

---

1. La autora agradece a Tony Simpson y a Vanessa Jackson por haber contribuido al desarrollo de las ideas expuestas en el presente informe.

de formación occidental que examina el modo de mejorar la protección que el ordenamiento jurídico puede proporcionar a valores que revisten importancia para las comunidades indígenas y las modificaciones o concesiones que podrían ser necesarias para lograrlo.

## 1. PROBLEMAS QUE SE PLANTEAN AL DEFINIR LOS DERECHOS CULTURALES INDÍGENAS

No es fácil definir los pueblos indígenas, y muchos grupos no se prestan a una definición.<sup>2</sup> Pero cualquiera que sea la definición, el elemento más importante es el concepto de la propia identificación. El Proyecto de Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas comprende el derecho a identificarse a sí mismos como indígenas y a ser reconocidos como tales.<sup>3</sup>

La definición de “cultura indígena” y de “derechos culturales indígenas” también plantea problemas. El concepto de “cultura” puede abarcar desde el modo de vida de una comunidad determinada hasta manifestaciones o expresiones específicas de cultura, como las obras de arte o las canciones. El propio derecho constituye un aspecto de la cultura, y la protege de distintas maneras, por ejemplo, promoviendo la libertad de expresión y de religión y salvaguardando el derecho de autor así como los diseños. El ámbito de los derechos culturales que los indígenas desean proteger es realmente muy amplio y no se ajusta a las categorías de protección habituales. Por ejemplo, Daes utiliza el término “patrimonio indígena” para englobar una extensa variedad de bienes intelectuales y culturales de los pueblos indígenas, y lo define de la siguiente manera:

Constituyen el patrimonio de los pueblos indígenas todos los objetos, lugares y conocimientos, cuya naturaleza o carácter se haya transmitido de generación en generación y que se consideren herencia de un pueblo, un clan o un territorio concretos. El patrimonio de un pueblo indígena incluye también los objetos, conocimientos y obras literarias o artísticas que puedan crearse en el futuro inspirados en esa herencia (párr. 11).

Por patrimonio de los pueblos indígenas se entienden todos los bienes culturales muebles, definidos en las convenciones pertinentes de la UNESCO; todos los tipos de obras literarias y artísticas como música, baile, canciones, ceremo-

2. No es el tema de este informe. Véase “Estudio del problema de la discriminación contra las poblaciones indígenas”, relator especial J. Martínez Cobo, E/CN.4/SUB.2/1986/7.

3. E/CN.4/SUB.2/1994/2/Add.1 (1994), artículo 8.

nias, símbolos y diseños, narración y poesía; todo tipo de conocimientos científicos, agrícolas, técnicos y ecológicos, incluidos cultígenos y medicinas y la utilización racional de la flora y la fauna; restos humanos, bienes culturales inmuebles como lugares sagrados, emplazamientos de valor histórico y enterramientos; y la documentación del patrimonio de los pueblos indígenas en películas, fotografías, cintas de vídeo o magnetofónicas (párr. 12).<sup>4</sup>

En el presente informe se utilizan ambos términos (“patrimonio indígena” y “bienes culturales e intelectuales indígenas”) para designar aquellos aspectos de la cultura que los pueblos indígenas desean proteger desde el punto de vista jurídico. Los “derechos culturales indígenas” designan los derechos de los pueblos indígenas con respecto a sus bienes culturales e intelectuales.

## 2. CUESTIONES BÁSICAS RELATIVAS AL RESPETO DE LOS DERECHOS CULTURALES

Las reivindicaciones de los pueblos indígenas en relación con la protección de sus intereses en las tierras, los lugares y objetos sagrados, las actividades usuales y tradicionales, los bienes culturales e intelectuales, la religión y la espiritualidad no provienen, por lo general, de individuos y a menudo apuntan a proteger el estilo de vida de una comunidad entera. Es fundamental atender a estas reivindicaciones para que los indígenas disfruten de los derechos humanos y de su dignidad.<sup>5</sup> De acuerdo con el marco conceptual propuesto por Daes para la protección del patrimonio indígena, éste se debe considerar un todo único e integrado perteneciente a la comunidad entera, que implica al mismo tiempo responsabilidades colectivas e individuales y es disfrutado por la comunidad de forma permanente, sin alienación.

Y, lo que es más importante, la reivindicación de la protección de los derechos culturales no es más que una manifestación de la reivindicación subyacente de la libre determinación (dentro de la entidad política del Estado) y del reconocimiento de los intereses de los pueblos indígenas en sus tierras tradicionales. “La protección de la propiedad cultural e intelectual está vinculada a la realización de los derechos territoriales y de la libre autodeterminación de los pueblos indígenas”.<sup>6</sup>

4. Erica Irene Daes, relatora especial de la Subcomisión, “Principles and guidelines for the protection of the heritage of indigenous peoples”, párr. 11. El texto figura en el apéndice B.

5. *Ibidem*, Principio 4.

6. Erica Irene Daes, *Protection of the heritage of indigenous people*, Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, Ginebra, 1997, párr. 4.

Si se satisfacen esas aspiraciones, los indígenas podrán obtener un cierto nivel de control sobre su propio patrimonio cultural. Si no logran la autonomía y el derecho a ser consultados, sólo dispondrán de una serie de medidas de protección imperfectas.

Por otra parte, los ordenamientos jurídicos occidentales y la mayoría de los instrumentos relativos a los derechos humanos protegen los derechos de los individuos, mientras que la afirmación de los derechos culturales indígenas posee a menudo una firme base comunitaria o colectiva. Para los indígenas, la protección del patrimonio cultural no es necesariamente un derecho individual. Del mismo modo que sólo la comunidad puede crear la lengua y la cultura, en general, los individuos sólo pueden disfrutar y servirse de ellas dentro de la comunidad.<sup>7</sup> En realidad, se trata de derechos colectivos, se reconozca o no. La custodia del patrimonio está determinada por el derecho consuetudinario y tradicionalmente no se puede enajenar. La apropiación de un bien del patrimonio indígena, su destrucción o el hecho de ponerlo en peligro produce un efecto similar en el conjunto del patrimonio y amenaza la supervivencia de la comunidad. Lo mismo sucede con la expropiación, la apropiación de conocimientos, el agotamiento de los recursos y las medidas de explotación económica de todo tipo. El patrimonio cultural indígena no se considera como una propiedad en el sentido occidental, ya que no se puede enajenar. Estos factores pueden suscitar malentendidos entre los que están acostumbrados a considerar las tierras, los objetos y las ideas como bienes comercializables que pertenecen a los particulares y de los cuales éstos pueden disponer. Las leyes, que se ocupan de las distintas manifestaciones de la cultura de manera independiente y diferenciada y están orientadas hacia la explotación comercial de las expresiones culturales, más que hacia la protección de la cultura como tal, son inaceptables en principio para las comunidades indígenas.

Otro de los problemas es el de determinar la manera de definir los valores culturales en cuestión. ¿Cómo se debe hacer y quién debe hacerlo? ¿Cuál es la relación entre la comunidad y el individuo y cómo hacer cuando una comunidad o un grupo reivindica derechos culturales colectivos que pueden oponerse a los derechos de un individuo como miembro del grupo o de la sociedad en general? ¿Tiene el individuo la libertad de elección y el derecho a no ser excluido del disfrute cultural (el derecho a “participar libremente en la vida cultural”)? Cuando el individuo reivindica derechos que se oponen a los del grupo surge un problema igual de complejo. ¿Qué derecho debe prevalecer? Las respuestas que da el derecho occidental a esta pregunta han ten-

---

7. Ello se reconoce hasta cierto punto en el artículo 27 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, véase más adelante.

dido a conceder más importancia a los derechos fundamentales del individuo.<sup>8</sup> Pero, ¿qué derechos son fundamentales en este contexto?

Lo que cuenta también es que el disfrute de los derechos culturales indígenas no requiere únicamente la protección jurídica, sino también una verdadera intervención del gobierno para apoyar y fomentar la cultura aborígen, comprendido el patrimonio, y hacer posible su transmisión. Este tipo de apoyo y la asignación de recursos (por ejemplo, para garantizar la preservación de la lengua, la educación, y la restauración y protección de objetos culturales) podrían ser tan importantes, o incluso más, para proteger el patrimonio a largo plazo que las leyes o los procedimientos destinados a conjurar las amenazas inmediatas. En este sentido, el ejercicio de los derechos culturales exige decisiones complejas sobre la asignación de los recursos y el establecimiento de las prioridades y un conocimiento preciso de los criterios mínimos que deberían aplicarse.<sup>9</sup>

La declaración más importante de los derechos indígenas es el Proyecto de Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas de 1994.<sup>10</sup> Entre los primeros derechos indígenas que se citan en el Proyecto de Declaración figura el derecho a la libre determinación. Asimismo, se afirma el derecho a utilizar y controlar las tierras y los recursos (art. 26) y a participar en la adopción de decisiones. Se consagra el derecho de los pueblos indígenas a “practicar y revitalizar sus tradiciones y costumbres culturales”, a conservar sus tradiciones espirituales y religiosas y a revitalizar y utilizar sus idiomas, historia y tradiciones.<sup>11</sup> “Los pueblos indígenas tienen derecho a que se les reconozca plenamente la propiedad, el control y la protección de su patrimonio cultural e intelectual” (art. 29).

---

8. Véase ALRC 31, *Recognition of aboriginal customary law*, ALRC [Comisión Australiana de Reformas Legislativas], Informe n.º 31, 1986; *Lovelace contra Canadá*, 24/1977, Comité de Derechos Humanos, 30.7.1981, Selected decisions under the optional protocol, pág. 83 [Referencia alternativa: *HRC Annual Report 1981*, A/36/40/ pág. 166].

9. Véase el debate sobre la redacción de un Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer.

10. El Proyecto de Declaración fue redactado en un principio por un Grupo de Trabajo sobre poblaciones indígenas de la Subcomisión, en consulta con organizaciones no gubernamentales de pueblos indígenas. La profesora Daes es presidenta del Grupo de Trabajo. Actualmente, la Subcomisión está examinando el proyecto y todavía tendrán que pasar algunos años para que la versión definitiva esté lista para su aprobación por la Comisión y, en última instancia, por la Asamblea General.

11. *Proyecto de Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas*, arts. 12, 13 y 14.

### 3. ENFOQUES ADOPTADOS EN AUSTRALIA PARA PROTEGER EL PATRIMONIO CULTURAL

En este apartado se analizan las maneras en que el ordenamiento jurídico australiano ha respondido a las reivindicaciones de los pueblos indígenas con respecto al reconocimiento y la protección de sus derechos e intereses en sus tierras tradicionales y lugares y objetos sagrados, y de su conocimiento secreto de los mismos. Cabe destacar que la propia identidad y la aceptación por la comunidad aborígen constituyen las bases para definir a los aborígenes.<sup>12</sup> Se reconoce que los aborígenes y los isleños del estrecho de Torres son pueblos indígenas.

La ocupación de Australia por parte de los europeos surtió un efecto devastador en la cultura y la identidad de los aborígenes, aunque su impacto no se hizo sentir del mismo modo en todos los lugares. Algunos aborígenes siguieron en contacto con sus tierras tradicionales, mientras que otros fueron alejados de ellas a la fuerza, dispersados y separados de los demás, lo que condujo a la pérdida de la familia, el idioma y la cultura y a la erosión de los vínculos tradicionales con la tierra. Los aborígenes padecen numerosos desventajas desde hace mucho tiempo en un país en el que la población mayoritaria disfruta de un elevado nivel de vida.

No obstante, durante los últimos años los aborígenes han reafirmado su identidad cultural. Ello, junto con el reconocimiento de la titularidad indígena y de los derechos sobre las tierras tradicionales de algunos grupos, está contribuyendo a transformar el sentimiento de identidad y la situación de esos pueblos. En estas circunstancias, la población no autóctona ha mostrado un interés creciente por la riqueza de la cultura aborígen tradicional y su profundo arraigo a la tierra y ha deseado remediar las injusticias del pasado. A raíz de ello, se han introducido muchos cambios en el derecho y la política, que van desde el reconocimiento de la titularidad indígena hasta la restitución del nombre “Uluru” al sitio natural de “Ayer’s Rock”, importante lugar espiritual para los aborígenes.<sup>13</sup> En general, se considera necesario reconocer y proteger

---

12. Ejemplo de ello es la ley relativa a los derechos sobre las tierras de los aborígenes de Nueva Gales del Sur de 1983 (Nueva Gales del Sur es un estado de la Federación Australiana). Dicha ley estipula que “aborígen” es aquella persona que pertenece a la raza de los aborígenes de Australia, se identifica como aborígen y es aceptado como tal por la comunidad aborígen. En 1998, un juez del Tribunal Federal tuvo en cuenta los antecedentes familiares, la autoidentificación y el reconocimiento de la comunidad de personas cuya candidatura a un consejo regional de la Comisión de los Aborígenes y los Isleños del Estrecho de Torres (ATSIC) se había puesto en duda.

13. Así como la concesión del parque nacional a la comunidad aborígen.



todas las manifestaciones de la cultura indígena, velar por que los aborígenes disfruten de todos los derechos humanos y las libertades fundamentales en pie de igualdad y fundar la reconciliación en un verdadero reconocimiento de la igualdad de derechos y la libre determinación de los indígenas.

## DERECHOS SOBRE LAS TIERRAS

En el decenio de 1970 se abandonaron las antiguas políticas de asimilación y los aborígenes reivindicaron cada vez con más fuerza su derecho a la libre determinación y sus derechos sobre las tierras. En 1971 presentaron por primera vez una demanda judicial sobre las tierras tribales tradicionales.<sup>14</sup> Aunque la demanda fue rechazada, se concedió gran importancia al problema y se estimó necesario remediar las injusticias derivadas de la expropiación. Tras esa decisión, se han producido cambios sustanciales en las leyes y las políticas para poner en práctica este nuevo planteamiento.

Pocos años después de que se pronunciara la decisión sobre el caso *Milirrpum*, el gobierno de Australia abrió una investigación acerca de los derechos sobre las tierras de los aborígenes<sup>15</sup> y posteriormente promulgó la ley de los derechos sobre las tierras de los aborígenes (Territorio del Norte).<sup>16</sup> Esta ley prevé el reconocimiento de las demandas de los aborígenes con respecto a los derechos e intereses en sus tierras tradicionales sobre la base de su relación espiritual con ellas. En particular, contempla la protección de los lugares sagrados, es decir, los sitios que revisten una importancia espiritual para los aborígenes, el acceso de éstos a dichos sitios y el respeto de sus deseos en cuanto a su protección.

En 1981, la legislación de Australia Meridional reconoció los intereses de los indígenas en las tierras al conceder una gran extensión de territorio al pueblo de Pitjantjatjara sobre la base de sus derechos tradicionales.<sup>17</sup> En una decisión relativa a la aplicación de esta ley, el Tribunal Supremo reconoció que la restitución de las tierras

---

14. *Milirrpum contra Nabalco*, FLR 17, 1971, pág. 141, Tribunal Supremo, Territorio del Norte. Para una crítica al respecto, véase R. D. Lumb, *Aboriginal land rights: judicial approaches in perspective*, 1988, 62, ALJ, pág. 273.

15. Comisión de los Derechos sobre las Tierras de los Aborígenes (juez Woodward), primer informe 1973, segundo informe 1974, AGPS.

16. La ley de los derechos sobre las tierras de los aborígenes (Territorio del Norte) de 1976 (Commonwealth). Esta ley se limitó al Territorio del Norte, que en aquella época era administrado por el Commonwealth. Posteriormente el Territorio del Norte se ha convertido en un territorio autónomo.

17. Ley de los derechos sobre las tierras de los Pitjantjatjara de 1981 (Australia Meridional). Anteriormente existía una legislación que garantizaba el derecho de propiedad de los aborígenes sobre determinadas tierras.

a los aborígenes les permitiría proteger y preservar mejor su cultura, restablecer la relación con su territorio de acuerdo con la tradición, cumplir con sus responsabilidades tradicionales y construir o consolidar un sentimiento de identidad espiritual, cultural y social.<sup>18</sup> Los instrumentos sobre los derechos humanos y, en particular, la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial, fueron fundamentales a la hora de tomar esta decisión. “Si bien en el mundo occidental el concepto de derechos humanos se asocia generalmente a los derechos de los individuos, también se aplica a los derechos de los pueblos y a la protección y preservación de sus culturas.”<sup>19</sup> La legislación del Territorio del Norte y de Australia Meridional reviste importancia, ya que reconoce el derecho consuetudinario y la tradición de los aborígenes.

## RECONOCIMIENTO DEL DERECHO CONSUECUDINARIO Y DE LA CULTURA

La Comisión de Reformas Legislativas de Australia (ALRC) dio un paso más hacia el reconocimiento del derecho consuetudinario y la cultura indígenas. En 1977 tuvo que pronunciarse “sobre la conveniencia de aplicar total o parcialmente el derecho consuetudinario aborígen a los aborígenes de manera generalizada o en zonas determinadas o únicamente a aquellos que viven en condiciones tribales”.<sup>20</sup> Los motivos que justificaban un cierto reconocimiento del derecho consuetudinario aborígen eran los deseos de los aborígenes y su derecho a vivir de acuerdo con sus costumbres y tradiciones.<sup>21</sup>

Al tratar esta cuestión, la ALRC prestó especial atención al artículo 27 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el cual estipula que “en los Estados en que existan minorías étnicas, religiosas o lingüísticas, no se negará a las personas que pertenezcan a dichas minorías el derecho que les corresponde, en común con los demás miembros de su grupo, a tener su propia vida cultural, a profesar y practicar su propia religión y a emplear su propio idioma”.

La ALRC opinó que la utilización del derecho consuetudinario y las tradiciones por parte de los miembros de un grupo determinado debía considerarse como un aspecto de la cultura de dicho grupo y que en este caso el reconocimiento del derecho consuetudinario era conforme al espíritu del artículo 27, ya sea que se requiera o no

18. *Gerhardy contra Brown*, ALJR, 1985, vol. 59, págs. 311, 326, 328, 332 y 340.

19. Juez Mason, presidente del Tribunal Supremo, pág. 326.

20. *Recognition of aboriginal customary law*, 1986, ALRC, pág. 31; la Comisión fue consultada al respecto en 1977.

21. *Ibidem*, párr. 127.

específicamente.<sup>22</sup> Sin embargo, no estimó que el artículo 27 justificara la imposición del derecho consuetudinario a una persona cuando ello supusiera la inobservancia de derechos específicos protegidos por el Pacto. “Los miembros del grupo deben disfrutar de la libertad de elección entre las prácticas o la cultura de la minoría y la protección del derecho común en los asuntos en que estén en juego sus propios derechos humanos definidos en el Pacto.”<sup>23</sup> La ALRC examinó, entre otras, la cuestión de si el reconocimiento y la aplicación de leyes consuetudinarias específicas a los pueblos aborígenes serían discriminatorios. Llegó a la conclusión de que el establecimiento de medidas especiales de ese tipo no sería discriminatorio ni implicaría una negación de la igualdad, siempre que constituyera una respuesta razonable a necesidades específicas, fuera aceptable en general para las comunidades e individuos interesados y no privara a los aborígenes de derechos humanos básicos ni del acceso al sistema jurídico.

En 1986, la ALRC recomendó que el derecho consuetudinario aborígen se reconociera en determinadas situaciones definidas en un proceso calificado de “reconocimiento funcional”.<sup>24</sup> Los campos en que se aconsejaba alguna forma de reconocimiento eran, entre otros, el matrimonio, los hijos, el derecho penal, las sentencias, las pruebas, el procedimiento, la caza, la pesca y la recolección tradicionales, la justicia comunitaria, etc. También debía reconocerse el derecho consuetudinario aborígen para proteger los lugares y objetos sagrados.<sup>25</sup>

A pesar de que las conclusiones de la ALRC no se aplicaron en sentido estricto, brindaron un marco útil para examinar las reivindicaciones de protección del patrimonio y la propiedad cultural e intelectual de los pueblos indígenas. Admite que el ordenamiento jurídico pueda reconocer el derecho consuetudinario y las tradiciones con determinadas finalidades, comprendida la protección de la cultura, y que se han de respetar los deseos de la comunidad preservando al mismo tiempo los derechos individuales.

## RECONOCIMIENTO DE LA TITULARIDAD INDÍGENA EN EL *COMMON LAW*

Una decisión que anuló una resolución judicial anterior supuso un progreso muy significativo en el reconocimiento del derecho consuetudinario aborígen. En 1992, en

---

22. *Ibidem*, párr. 177, pág. 193: la necesidad de respetar los derechos humanos y la identidad cultural de los aborígenes justifica el establecimiento de formas adecuadas de reconocimiento del derecho consuetudinario aborígen.

23. *Recognition of aboriginal customary law*, 1986, párr. 184. Véase el caso Lovelace.

24. *Ibidem*, párr. 209.

25. *Ibidem*, párrs. 77, 78 y 467.

el caso Mabo, el Tribunal Supremo de Australia sostuvo que “el *common law* de este país reconoce una forma de titularidad indígena que, en los casos en que no se haya extinguido, refleja el derecho de los habitantes indígenas a sus tierras tradicionales, de conformidad con sus leyes o costumbres”.<sup>26</sup>

Se consideró que la aplicación de la doctrina de *terra nullius* en el pasado se basaba en una discriminación injusta.<sup>27</sup> La decisión del caso Mabo, que concedió un estatuto jurídico a la cultura y las costumbres de los pueblos aborígenes, representó un enorme cambio de orientación en el ordenamiento jurídico australiano, que reaccionó así al darse cuenta de lo injustas que eran las leyes que había sustentado anteriormente. Los principios de derechos humanos y la adhesión de Australia a las normas internacionales en la materia influyeron en algunos magistrados del Tribunal Supremo a la hora de pronunciar esta decisión. Según el juez Brennan, por ejemplo: “Cualquiera que sea la justificación que se utilizaba en el pasado para negarse a reconocer los derechos e intereses en las tierras de los habitantes indígenas de territorios colonizados, no se puede seguir aceptando una doctrina injusta y discriminatoria de ese tipo. A este respecto, las expectativas de la comunidad internacional están en consonancia con los valores contemporáneos del pueblo australiano.”<sup>28</sup>

El juez observó que al adherirse al Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, Australia había sometido su *common law* a la influencia decisiva del Pacto y de sus normas y que el derecho internacional contribuía de manera legítima y considerable a la evolución del *common law*, especialmente cuando afirma la existencia de derechos humanos universales. Al tener en cuenta esos derechos, el juez decidió anular la doctrina del anterior *common law* que no reconocía los derechos e intereses de los habitantes indígenas. Una doctrina jurídica que se basa en una discriminación injusta en cuanto al disfrute de los derechos civiles y políticos debe ser reconsiderada.

## LA LEY DE TÍTULOS DE PROPIEDAD DE LOS NATIVOS PROTEGE LA CULTURA

Después de que el Tribunal Supremo reconociera que los aborígenes podían reivindicar los títulos de propiedad de acuerdo con sus tradiciones, cuando no hubieran sido anulados en virtud de medidas estatales incompatibles, se promulgó una legislación

26. *Mabo contra Queensland*, ALJR, 1992, pág. 408, juez Mason, presidente del Tribunal Supremo, y juez McHugh, pág. 410, en su mayor parte.

27. “En nuestros días no se justifica la aplicación de normas del *common law* inglés que fueron el resultado de esa teoría.” Juez Brennan, págs. 421 y 429.

28. Juez Brennan, 175, CLR, pág. 42; ALJR, 1992, pág. 422.

para poner en práctica la decisión.<sup>29</sup> La ley de títulos de propiedad de los nativos de 1993 reconoce y protege desde el punto de vista legislativo los títulos de propiedad de los indígenas, define normas sobre las transacciones que podrían afectar a esos títulos y establece un tribunal que se pronuncia sobre las demandas relativas a los títulos (entre otras cosas). Asimismo, da validez a determinados actos del pasado que de otro modo podrían haber resultado nulos porque trataban los títulos de forma discriminatoria. En líneas generales, la ley estipula que, en el futuro, los actos que afecten a los títulos de propiedad de los nativos (por ejemplo, concesiones mineras o arrendamientos de exploración y prospección o adquisición por expropiación de la tierra) sólo se podrán realizar legítimamente si se pueden ejecutar igualmente en las tierras de los no aborígenes y si se ha hecho todo lo posible para garantizar la conformidad de los poseedores de los títulos de propiedad mediante un “derecho de negociación” especial, cuando proceda.<sup>30</sup>

Un aspecto destacado de la ley de títulos de propiedad de los nativos es que otorga legitimidad a las leyes consuetudinarias relativas a las tierras. Los títulos de propiedad de los nativos se definen como los derechos e intereses comunitarios, colectivos o individuales de los aborígenes y los isleños del estrecho de Torres en relación con las tierras o las aguas cuando: a) los derechos e intereses se poseen de acuerdo con las leyes tradicionales reconocidas y las costumbres tradicionales observadas por los aborígenes y los isleños del estrecho de Torres; b) en virtud de esas leyes y costumbres, los aborígenes y los isleños del estrecho de Torres tienen un vínculo con esas tierras o aguas; y c) el *common law* australiano reconoce esos derechos e intereses.<sup>31</sup>

## RECONOCIMIENTO DEL DERECHO CONSUEUDINARIO EN OTROS CAMPOS

El ordenamiento jurídico australiano ha reconocido o admitido las leyes consuetudinarias aborígenes en otros campos. Por ejemplo, en algunas ocasiones los tribunales penales han considerado que un indígena culpable de un delito podría tener que hacer frente a las sanciones tradicionales de su comunidad. La aplicación de estas sanciones no se facilita ni aprueba (en realidad, podría equivaler a un delito en sí misma) pero se reconoce como una realidad.<sup>32</sup> Recientemente, un magistrado consideró que un anciano del pueblo yolngu que se apoderó de una cámara y destruyó el carrito había

29. Ley de títulos de propiedad de los nativos de 1993.

30. Véase el preámbulo de la ley de título de propiedad de los nativos de 1993, arts. 26, 29 y 35.

31. Ley de títulos de propiedad de los nativos de 1993, art. 223.

32. Véase un análisis en Shane McGrath, *Aboriginal Law Bulletin*, 1998, vol. 18.

actuado según el derecho tribal consuetudinario sobre una tierra tribal. El fotógrafo se había negado a abonar una indemnización por haber capturado el espíritu de un niño sin su permiso. Se consideró que el acusado tenía una pretensión legítima al querer aplicar su ley tribal y haber actuado de manera honrada o razonable al respecto. Frente a una acusación de agresión pudo alegar haber pretendido legítimamente hacer valer su derecho.<sup>33</sup>

## NORMAS INTERNACIONALES

### E INTERESES TRADICIONALES EN LAS TIERRAS

Las normas internacionales, especialmente la Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, han influido de manera considerable en las transformaciones acaecidas en Australia durante los veinte últimos años respecto del reconocimiento de los derechos sobre las tierras, los títulos de propiedad de los nativos y la cultura, las tradiciones y el derecho consuetudinario indígenas.

Ello resulta especialmente patente en las decisiones del Tribunal Supremo. La decisión del caso Mabo se inspiró en las normas de los principales instrumentos sobre los derechos humanos de las Naciones Unidas, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y la Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial, en particular, teniendo en cuenta sus disposiciones relativas a la igualdad y a la no discriminación. En el Proyecto de Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas figuran declaraciones más directas de los derechos de los indígenas con respecto a las tierras tradicionales.<sup>34</sup> En los artículos 25 a 27 se insta a que se reconozcan la importancia de las tierras para los pueblos indígenas, el derecho de éstos a la posesión, ocupación y utilización de las tierras de acuerdo con sus costumbres tradicionales. Este instrumento también aboga por el pleno reconocimiento de las leyes, tradiciones, etc., de los pueblos indígenas para el desarrollo y la gestión de los recursos. De los artículos 3, 12 y 19 de ese Proyecto se desprende que la libre determinación implicará el reconocimiento del derecho consuetudinario y la tradición. Aunque los resultados legislativos pueden no estar a la altura de las aspiraciones de los pueblos aborígenes, se ha opinado que gra-

33. SMH 21. 2. 98. Caso de Galarrwuy Yunupingu.

34. Véase también el Convenio n.º 169 de la OIT sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes, 1989. En el artículo 13 se exhorta a los Estados partes a “respetar la importancia especial que para las culturas y valores espirituales de los pueblos interesados reviste su relación con las tierras o territorios”; véanse también arts. 14, 15, 16 y 17. Australia no es parte.

cias al reconocimiento de los títulos de propiedad de los nativos por el *common law* y la ley de títulos de propiedad de los nativos, Australia respeta en mayor medida los principios esenciales del Proyecto de Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas.<sup>35</sup> De alguna manera, los “derechos” que se enuncian en ese Proyecto son reivindicaciones fundamentales que no se podrían poner en práctica directamente sin mecanismos complejos para la identificación de las tierras y los grupos interesados y sin adaptaciones y, en su caso, compensaciones. La legislación sobre los títulos de propiedad de los nativos ofrece soluciones concretas para todas estas cuestiones. Es compleja desde el punto de vista técnico, pero se basa en el principio de que los títulos se fundan en el derecho y las costumbres tradicionales que, a su vez, se reconocen en el *common law*. Podría constituir la expresión más destacada de los derechos culturales de los aborígenes de Australia.

#### 4. PROTECCIÓN DE LUGARES, OBJETOS Y PATRIMONIO CULTURALES

La importancia vital de la relación con la tierra es un rasgo dominante de la cultura aborígen. Las tierras, las historias, los objetos y la cultura constituyen un todo integrado. La cultura, la historia y la espiritualidad están íntimamente asociados:

Desde el punto de vista de los aborígenes, todo paisaje es el hogar de alguien. Los lugares que aparecen en el arte aborígen de orientación tradicional suelen ser los puntos de concentración de intensas emociones religiosas, políticas, familiares y personales [...] Aparte de los significados más amplios que podrían tener, muchos de los mitos se refieren fundamentalmente a la protección de los derechos de un determinado grupo humano sobre zonas específicas.<sup>36</sup>

Incluso en los casos en que los derechos sobre las tierras no se pueden reivindicar en un contexto concreto, los aborígenes tratan de proteger y conservar el acceso a sus lugares y objetos sagrados. El derecho australiano ha reconocido e integrado la tradición aborígen en la legislación que protege los sitios y bienes.

Desde el decenio de 1960, la legislación promulgada en los ámbitos de los estados, del territorio y de la nación ha otorgado un nivel de protección a los sitios, lugares y objetos que revisten importancia para los aborígenes. Algunas de estas leyes

---

35. Garth Nettheim, “Native title and international law”, en Stephenson (comp.), *Mabo: The native title legislation. A legislative response to the High court’s decision*, 1995, UQP, págs. 43-44.

36. Peter Sutton (comp.), *Dreamings, the art of aboriginal Australia*, Viking, 1988, págs. 17-18.



apuntan a proteger las reliquias “halladas”, como utensilios y restos humanos, más que el patrimonio cultural de los aborígenes. En otros casos, lo que justifica la protección es la significación que tiene el sitio u objeto para los aborígenes. Por ejemplo, la ley sobre los derechos de propiedad de las tierras de los aborígenes (Territorio del Norte) de 1976 (Commonwealth) prevé la protección de los lugares sagrados, es decir, los sitios que revisten una importancia espiritual para los aborígenes, siendo indiferente que dichos sitios se encuentren en las tierras ocupadas de conformidad con los títulos de propiedad de los indígenas o en tierras que puedan ser reivindicadas como tales.<sup>37</sup> Por tanto, la ley reconoce la relación espiritual de los aborígenes con determinados lugares.

En 1981, el Tribunal Supremo reconoció que las responsabilidades que incumben a los aborígenes de acuerdo con el derecho tradicional o consuetudinario con respecto a un sitio determinado bastaban para conferirles capacidad legal a fin de oponerse a su explotación comercial. Murphy estimó que la cultura aborígen debería obtener un reconocimiento equivalente al de otras culturas: “Si existe una ‘cultura judeocristiana de Europa occidental’, ésta carece de una posición privilegiada en nuestros tribunales. La cultura aborígen merece el mismo reconocimiento. Si un interés cultural o religioso basado en la tradición ‘judeocristiana de Europa occidental’ es suficiente para conceder la capacidad legal, un interés cultural o religioso fundado en la tradición aborígen también lo será.”<sup>38</sup>

En su exposición, el juez estaba reconociendo, aun sin citarlos, los principios de la Declaración de los Principios de la Cooperación Cultural Internacional de la UNESCO de 1966. La legislación actual que protege los lugares sagrados del Territorio del Norte considera delito la profanación de lugares sagrados, es decir, los sitios que revisten importancia de acuerdo con la tradición aborígen, que por su parte se define como “el conjunto de tradiciones, prácticas, costumbres y creencias de los aborígenes o de una comunidad o grupo de aborígenes, entre otras cosas las tradiciones, prácticas, costumbres y creencias relativas a personas, lugares, zonas, cosas o relaciones determinadas”.<sup>39</sup>

Asimismo, se contempla el acceso de los aborígenes a sus lugares sagrados. Un organismo independiente, formado en su mayoría por aborígenes y con una representación equilibrada de hombres y mujeres, se encarga de administrar la ley. Los lugares amenazados por la explotación económica no disfrutaban de una protección absoluta. El organismo informa al ministro sobre la importancia de los lugares y de la magnitud de

---

37. Artículo 69.

38. *Onus contra Alcoa*, ALJR, 1981, vol. 55, pág. 631, Murphy, pág. 638.

39. La legislación actual está representada por la ley de lugares sagrados de los aborígenes del Territorio del Norte de 1989.



la amenaza que pesa sobre ellos, teniendo en cuenta los deseos de los aborígenes en cuanto al nivel de protección de los sitios. El ministro decide si se mantiene la protección y debe aceptar la responsabilidad política de las decisiones que anulen la protección en beneficio de la explotación comercial. La legislación nacional no establece un régimen de protección general pero autoriza al ministro a decretar la protección de zonas y objetos importantes para los aborígenes de acuerdo con su tradición. “Se entiende por ‘tradición aborígen’ el conjunto de tradiciones, prácticas, costumbres y creencias de los aborígenes o de una comunidad o grupo de aborígenes, entre otras cosas las tradiciones, prácticas, costumbres y creencias relativas a personas, lugares, zonas, cosas o relaciones determinadas (art. 3, párr. 1).”<sup>40</sup>

Los aborígenes pueden recurrir a este remedio en última instancia cuando los lugares se ven amenazados por el desarrollo, por ejemplo, en los casos de obras civiles, presas, minas y exposición o venta de objetos. Las facultades del ministro son a un tiempo amplias y discrecionales. No existe el derecho a una declaración de protección. Los aborígenes no asumen responsabilidades en el proceso de adopción de decisiones aunque pueden participar en procesos de mediación. La ley presenta deficiencias y vicios de procedimiento que han sido objeto de un informe reciente dirigido al ministro del Commonwealth.<sup>41</sup>

Ciertos sitios destacados del patrimonio aborígen se han protegido catalogándolos como parte del patrimonio nacional.<sup>42</sup> Algunos de ellos se han incluido en la Lista del Patrimonio Mundial debido a su importancia cultural para la comunidad internacional.<sup>43</sup>

En el estado de Nueva Gales del Sur se está elaborando un nuevo modelo para proteger el patrimonio cultural indígena; se basa en los principios del Proyecto de Declaración<sup>44</sup> y otorga un grado elevado de autonomía en relación con la supervisión,

---

40. Ley de protección del patrimonio de los aborígenes y los isleños del estrecho de Torres de 1984, art. 4: la ley está destinada a regular zonas y objetos de importancia cultural o espiritual con los que los aborígenes y los isleños del estrecho de Torres se identifican estrechamente en la actualidad.

41. E. Evatt, *Report on the Aboriginal and Torres Strait Islander Heritage Protection Act*, 1984; ATSIC, 1986. Las propuestas legislativas se están examinando.

42. De conformidad con la ley de la Comisión del Patrimonio de Australia de 1975, art. 4, 1A, g).

43. Parque Nacional de Kakadu, Parque Nacional de Uluru-Kata Tjuta y Lagos Willandra. La ley de conservación de los bienes del patrimonio mundial de 1983 pone en práctica la Convención de la UNESCO para la Protección del Patrimonio Mundial Cultural y Natural.

44. Actualmente este modelo figura en un documento verde del gobierno (documento interno): *The future protection and management of aboriginal cultural heritage in New South Wales (NSW)*, 1997.

la utilización y la gestión del patrimonio cultural. Admite que sólo deben intervenir en la adopción de las decisiones sobre este tema los aborígenes que estén autorizados por sus comunidades para tomar este tipo de decisiones y estén habilitados para representar las opiniones de las comunidades sobre los asuntos relativos al patrimonio cultural. El modelo propone igualmente la creación de una comisión del patrimonio aborígen en el plano estatal. Se trataría de un órgano oficial independiente formado únicamente por aborígenes y administrado por una Junta de Comisarios cuyos miembros se elegirían democráticamente sobre la base de los límites territoriales tradicionales o "*cultural country areas*".

Aunque esta propuesta no despojaría al gobierno de la facultad de adoptar decisiones adecuadas de planificación y desarrollo, garantizaría que esas decisiones se adoptasen dentro de un marco cultural apropiado. Se alentaría al gobierno, a la industria y a los urbanizadores privados a considerar la protección y gestión del patrimonio cultural de los aborígenes, ya no como un asunto facultativo distinto, sino como un elemento que hay que tener en cuenta para obtener el consentimiento de éstos.

Actualmente el derecho australiano admite que los valores de los aborígenes con respecto a su patrimonio cultural deberían constituir la base de las disposiciones legislativas a fin de proteger los sitios y objetos representativos. El debate ha ido más allá de esta cuestión para abordar los problemas prácticos que se plantean a la hora de determinar la manera idónea de resolver los conflictos entre los valores tradicionales de los aborígenes y los procesos de explotación comercial que ponen en peligro dichos valores. El hecho de que algunos sistemas prevean mecanismos de notificación y negociación ha conducido a acuerdos y arreglos en muchas ocasiones. Sin embargo, también existen algunos casos muy conocidos en los que los aborígenes estiman que su cultura no ha recibido una protección suficiente.<sup>45</sup>

Por lo que atañe al respeto de los derechos contemplados en el Proyecto de Declaración, una deficiencia significativa es la falta de responsabilidad o participación de los aborígenes en la gestión y protección del patrimonio de acuerdo con la legislación nacional y las leyes de algunos estados, teniendo en cuenta que la declaración hace de la libre determinación la base de todas sus disposiciones. Las nuevas propuestas de Nueva Gales del Sur indican que se puede reconocer un elevado nivel de autonomía en la protección del patrimonio indígena y que ello podría fomentar otros intereses más que obstaculizarlos. No obstante, ningún sistema ofrece una garantía absoluta para proteger los derechos culturales que están en juego. Siempre se planteará el problema de determinar la manera idónea de resolver el conflicto entre los valores

---

45. Por ejemplo, en laguna Boobera, Nueva Gales del Sur, y en la isla Hindmarsh, Australia Meridional.

culturales indígenas y otros intereses. La experiencia de Australia brinda modelos útiles para solucionar este problema.

## RESTITUCIÓN Y PROTECCIÓN DE OBJETOS Y BIENES CULTURALES

El Proyecto de Declaración consagra el derecho a la restitución de los bienes culturales de que hayan sido privados los indígenas sin haberlo consentido libremente y a la repatriación de restos humanos.<sup>46</sup> Por lo general, en Australia los bienes culturales y objetos significativos están protegidos por las mismas leyes que salvaguardan los lugares sagrados y zonas representativas. La ley del Commonwealth autoriza al ministro a proteger los objetos significativos contra la profanación, es decir, la utilización que es incompatible con la tradición aborígena.<sup>47</sup> Ahora bien, la principal preocupación de los aborígenes es garantizar la restitución de sus objetos culturales, de cuya posesión y control se les ha privado en muchos casos. Una gran parte de estos objetos se encuentra en manos de particulares o en museos públicos y muchos de ellos se han trasladado al extranjero. La posesión, exposición y utilización de estos objetos por no aborígenes suscita una gran preocupación entre los aborígenes. Algunos objetos tienen una significación religiosa, y su posesión por no aborígenes se opone a la tradición y a las creencias y podría ofender y humillar profundamente a los aborígenes.

El método más eficaz para proteger los objetos consiste en lograr la devolución a sus propietarios tradicionales. Las leyes del Commonwealth no prevén la restitución de objetos significativos de los aborígenes con excepción de los restos humanos, cuestión especialmente delicada. Se deberá comunicar la existencia de los restos, los cuales habrán de restituirse a los aborígenes de acuerdo con la tradición. En Victoria se contempla el caso de la adquisición por expropiación de determinados objetos culturales especiales para devolverlos a sus dueños tradicionales cuando no se pueden proteger de otra manera.<sup>48</sup> Las políticas tienden a alentar a los museos a que restituyan los bienes,<sup>49</sup> aunque todavía queda mucho por hacer en este sentido.

---

46. Artículos 12 y 13 (véase también artículo 29; Convenio de la OIT, artículos 4, 7 y 13).

47. Ley de protección del patrimonio de los aborígenes y los isleños del estrecho de Torres de 1984.

48. *Ibidem*, art. 21 L.

49. En octubre de 1993, los ministros del Commonwealth encargados de los asuntos de los aborígenes y los isleños del estrecho de Torres aprobaron los principios nacionales para la restitución de los bienes culturales de los aborígenes y los isleños del estrecho de Torres. En 1993 el Consejo de Museos Australianos adoptó una política denominada "posesiones anteriores, obligaciones nuevas".

A pesar de que la ley del Commonwealth no contempla la propiedad de objetos aborígenes significativos ni su restitución a los propietarios tradicionales, se ha utilizado para producir este resultado.<sup>50</sup> En un caso relativo a una colección sumamente representativa de objetos sagrados y ceremoniales del centro de Australia, el ministro dictó una orden de protección provisional a fin de evitar la profanación de los objetos. Esta orden fue objeto de varias prórrogas. Se nombró a un mediador en el marco de la ley y negociaciones prolongadas condujeron a la restitución de los objetos a un grupo aborígen.<sup>51</sup> En algunos casos, el Commonwealth ha dictado órdenes provisionales a fin de proteger objetos que salieron a la venta en subastas y ha suministrado fondos a las comunidades aborígenes para que los adquiriesen.<sup>52</sup>

La ley rige el comercio internacional de bienes culturales muebles que revisten importancia para Australia y prevé la devolución de los objetos importados ilegalmente en Australia.<sup>53</sup> Entre los objetos que se protegen en ese país figuran el patrimonio, la arqueología y la etnografía de los aborígenes y los isleños del estrecho de Torres. Algunas comunidades aborígenes han tomado por sí mismas la iniciativa de negociar con museos y otros organismos extranjeros con miras a la repatriación de bienes culturales y restos humanos.<sup>54</sup> Un ejemplo reciente fue la restitución a Australia Occidental de un cráneo aborígen que se encontraba en el Reino Unido.<sup>55</sup>

## LA CONFIDENCIALIDAD DE LA INFORMACIÓN CULTURAL

Un aspecto importante de la cultura aborígen para el que se ha pedido protección en Australia es la confidencialidad de cierto tipo de conocimiento tradicional que tiene un significado espiritual o cultural. De conformidad con las costumbres y la tradición, el acceso a este conocimiento está limitado a ciertas personas, que velan por su protec-

---

50. Ley de protección del patrimonio.

51. Se trata de la colección Strehlow: conjunto de objetos y otros materiales que Strehlow, un arqueólogo, adquirió a los ancianos de una tribu de aborígenes y que se conservaba en un museo.

52. Ello ocurrió en el caso Strehlow. Véase E. Evatt, *Report, op. cit.*, capítulo 12.

53. Ley de protección del patrimonio cultural mueble de 1986. La ley pone en práctica la Convención de la UNESCO sobre las Medidas que Deben Adoptarse para Prohibir e Impedir la Importación, la Exportación y la Transferencia de Propiedad Ilícitas de Bienes Culturales de 1970.

54. A. Dunn, "How to get a head down under", *Journal of the Institute of Burial and Cremation Administration*, 10, págs. 62-63; "Aborigine leader's skull to be handed back", *Guardian Weekly*, 24 de agosto de 1997, pág. 8; "Tribal hero's skull starts journey home", *The Times*, 1 de septiembre de 1997, pág. 29.

55. Centro Aborígen de Tasmania.

ción. Puede ocurrir que su divulgación esté restringida a ciertas personas iniciadas, y que distintas personas posean diversos elementos de esa información. Hombres y mujeres suelen tener responsabilidades distintas en lo tocante a la conservación o la divulgación de dicha información.<sup>56</sup> La divulgación de informaciones secretas o sagradas a un tercero, fuera de las normas establecidas, se considera como un perjuicio y podrá conducir a la imposición de severos castigos a la persona responsable, incluso a un aislamiento social absoluto.<sup>57</sup> El Proyecto de Declaración no prevé expresamente la protección de la información confidencial, aunque en los artículos 12, 13 y 14 está implícito que forma parte de la protección de la cultura.

El deseo del pueblo aborígen de mantener las restricciones tradicionales en lo que concierne a la posesión y la difusión de informaciones culturales significativas ha sido a veces un asunto contencioso en los intercambios con las personas no aborígenes. Esta cuestión es primordial y abarca casi todos los aspectos de los derechos culturales abordados en el presente artículo, desde los problemas de derechos sobre las tierras hasta la protección de la propiedad intelectual. Por ejemplo, parte del poder de los sitios, las áreas y los objetos se deriva del secreto que los rodea.<sup>58</sup> Proteger un sitio significa también mantener en secreto el conocimiento en torno a él. No obstante, el sistema jurídico podrá exigir que se proporcione información en relación con el significado de un sitio para apoyar una reivindicación de los derechos sobre las tierras o del título nativo, o una solicitud de protección del sitio. Aquí se plantea un dilema, pues la divulgación de un conocimiento secreto puede reducir o suprimir la importancia del sitio o del objeto y quitarle así su valor de patrimonio cultural. También puede deteriorar las relaciones sociales entre aborígenes y la credibilidad del derecho consuetudinario. Cuando sea el caso, el pueblo aborígen se resistirá a recurrir a la protección de la ley y preferirá quizás dejar que los sitios sean destruidos.

Este tipo de problema se planteó en un caso reciente que fue objeto de una amplia difusión en los medios de comunicación. El ministro del Commonwealth declaró zona protegida un territorio aborígen importante. El Tribunal rechazó esa declaración porque el ministro se había negado a examinar personalmente los datos relativos a la importancia del sitio. Las mujeres que declaraban ser los guardianes tradi-

---

56. D. Bell, *Daughters of the dreaming*, 1983, pág. 34.

57. Véase, por ejemplo, D. Bell, "Sacred sites: The politics of protection", en N. Peterson y M. Langton (comp.), *Aborigines, land and land rights*, Australian Institute of Aboriginal Studies, 1983, pág. 282.

58. Véase, por ejemplo H. Morphy, " 'Now you understand': an analysis of the way Yolngu have used sacred knowledge to retain their autonomy", en Peterson y Langton (comps.), *Aborigines...*, *op. cit.*, pág. 111.

cionales del sitio habían proporcionado información en el marco de la investigación abierta por el ministro con la condición de que dicha información no fuera vista por una persona de sexo masculino.<sup>59</sup> La ley del Commonwealth sobre la protección del patrimonio cultural prevé una protección limitada de la confidencialidad de la información en el ámbito de procesos judiciales, pero ninguna cuando es divulgada en el caso de una solicitud de protección de territorios u objetos.<sup>60</sup> El respeto que el ministro había manifestado por las aspiraciones del pueblo aborígen había dado origen a un vicio de procedimiento en su decisión.<sup>61</sup> El asunto era muy litigioso, y había continuas tensiones entre los apelantes aborígenes que se negaban a divulgar información secreta y los que pretendían que la reclamación había sido fabricada.<sup>62</sup> Actualmente se está considerando la necesidad de mejorar la protección de la confidencialidad en la legislación.

En virtud de leyes de algunos estados y del Territorio, existe una protección legislativa de la información sobre los sitios, las regiones o los objetos significativos.<sup>63</sup> La administración encargada del patrimonio del Territorio del Norte invocó el interés público para ser dispensada de tener que presentar documentos acerca de sitios

---

59. Caso de la isla Hindmarsh (Kumarangk). Más tarde, la legislación excluyó esta zona del ámbito de protección de la Ley.

60. Esto ha sido recomendado y está en parte amparado por las nuevas propuestas legislativas.

61. *Tickner contra Chapman y otros*, Tribunal Federal, 7 de diciembre de 1995. La declaración del ministro sobre la protección fue anulada. El ministro nombró otro informante en virtud del artículo 10, pero este nombramiento fue rechazado por el Tribunal Supremo. El gobierno entrante aprobó una reglamentación para excluir la zona del puente del amparo de dicha ley.

62. Con arreglo a la legislación el sitio está ahora exento de protección. El estado de Australia Meridional estableció una comisión real que llegó a la conclusión de que el testimonio había sido inventado. Los demandantes se negaron a presentar testimonio en relación con asuntos secretos a la Comisión. Se presentó una nueva solicitud para la protección del lugar, pero más adelante el Commonwealth aprobó una legislación para anularla (ley sobre el puente de la isla Hindmarsh 1997).

63. Territorio del Norte: la Autoridad tiene el control de todos los materiales reunidos en sus investigaciones, artículos 10 (g), 38, 48. El Registro de Sitios Sagrados no comprende la información que se ha de mantener secreta. La ley de Australia Meridional sobre el patrimonio aborígen de 1988 (Australia Meridional) artículo 35 (2) requiere que el ministro pida consulta antes de autorizar la divulgación de información en oposición a la tradición aborígen. Véase también el *Senior Report* (págs. 115-116), en el que se recomienda que en determinadas circunstancias el ministro de Australia Occidental no sea autorizado a acceder a información sagrada o secreta.

sagrados. Aunque el Tribunal aceptó esa reclamación, tuvo que contraponerla a otros asuntos de interés público.<sup>64</sup> Finalmente, decidió que la no divulgación de información causaba mayor perjuicio al interés público que su divulgación, y autorizó una divulgación limitada. El juez demostró que era consciente de las verdaderas preocupaciones de la comunidad aborígen interesada en el caso:

A mi forma de ver, la protección apropiada de los derechos de las minorías forma parte del interés público, así como el respeto a las creencias espirituales profundas. En particular, los tribunales australianos habrían de conceder un grado especial de protección y de respeto a los derechos y a las creencias del pueblo aborígen de Australia. Así, puedo imaginar fácilmente que un tribunal decida, por ejemplo, en un proceso criminal o civil determinado, que es más importante la ofensa causada a la comunidad aborígen al obligarla a divulgar información sobre un sitio sagrado, que el poder determinar el sitio con exactitud o explicar por qué es sagrado.<sup>65</sup>

Los procedimientos en virtud de la ley de derechos sobre las tierras en el Territorio del Norte y la ley de títulos de propiedad de los nativos<sup>66</sup> pueden limitar la divulgación de informaciones tradicionales.<sup>67</sup> A veces, el magistrado presidente ha ordenado que ciertas disposiciones sólo sean oídas por personas del mismo sexo, otras veces ha limitado la publicación de las deposiciones.

En otros contextos, los tribunales han aceptado el argumento de que la presentación de información secreta y confidencial sobre el patrimonio aborígen no es de interés público.<sup>68</sup> En otro caso el tribunal dictó un mandamiento para impedir la

---

64. *Aboriginal Sacred Sites Protection Authority contra Maurice: Re the Warumungu Land Claim* (1986) 10 FCR 104.

65. *Ibidem*, p. 114.

66. Artículo 82 (2) y 109 (2). La Corte y el Tribunal no están limitados por tecnicismos, formas jurídicas o normas relativas a la prueba, artículo 82 (3) y 109 (3).

67. La ley de 1993 sobre la titularidad indígena requiere que la Corte Federal y el Tribunal, cuando lleven a cabo investigaciones o procedimientos, tomen en cuenta los problemas culturales y consuetudinarios de los pueblos aborígenes y de los isleños del estrecho de Torres, artículo 82 (2) y 109 (2). También estipula que la Corte y el Tribunal no estarán limitados por tecnicismos, formas jurídicas o normas relativas a la prueba, Artículo 82 (3) y 109 (3). Véase también Gray, juez Peter (comisionado de Tierras Aborígenes). *Evidence of aboriginal gender-based secret material in land rights claims: Discussion Paper*, 1995. La ley sobre tierras aborígenes de 1991 (Queensland) comprende disposiciones acerca de este asunto.

68. *The Western Australian Museum contra The Information Commissions* (Tribunal Supremo de Australia Occidental, no publicado, n.º 1478 de 1994 y SJA 1055 de 1994 entregado el 28/1/94 por el juez White).



publicación de un libro que revelaba datos secretos que los aborígenes habían facilitado confidencialmente al primer demandado. El demandado, Mountford, era un antropólogo que durante una temporada había compartido la vida de los pitjantjatjara, quienes le habían enseñado sus sitios y objetos sagrados. Se consideró que la información había sido comunicada en secreto y que el abuso de confianza ocasionaría serios inconvenientes sociales que una indemnización por daños y perjuicios no compensaría; por consiguiente, indicó un mandamiento.<sup>69</sup>

En esta esfera, como en otras, la respuesta de la ley australiana ha variado según los casos. No existe una disposición jurídica general que conceda el derecho de mantener secretos los conocimientos tradicionales. Más bien, se encuentra una respuesta a cada asunto particular en el ámbito de los principios jurídicos vigentes. La instancia legislativa reconoce el concepto del secreto en ciertos casos, pero no es una regla absoluta y parece poco probable que la protección de las informaciones secretas deje de depender del poder discrecional del juez.

## 5. DERECHOS DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS EN MATERIA DE BIENES CULTURALES Y DE PROPIEDAD INTELECTUAL

Esta sección estudia la protección de la propiedad intelectual de los aborígenes, y su derecho a proteger dicha propiedad o a beneficiarse de ella. El Convenio que establece la OMPI define la propiedad intelectual como:

los derechos relativos a las obras literarias, artísticas y científicas; las interpretaciones de los artistas intérpretes y las ejecuciones de los artistas ejecutantes, a los fonogramas y a las emisiones de radiodifusión; a las invenciones en todos los campos de la actividad humana; a los descubrimientos científicos; a los diseños y modelos industriales; a las marcas de fábrica, de comercio y de servicio, así como a los nombres y denominaciones comerciales; a la protección contra la competencia desleal; y todos los demás derechos relativos a la actividad intelectual en los terrenos industrial, científico, literario y artístico (art. 2 (viii)).

En los regímenes jurídicos occidentales, la propiedad intelectual está protegida esencialmente como el derecho de la persona. La mayoría de los instrumentos internacio-

---

69. *Foster y otros contra Mountford y Rigby Ltd.* (1976-77) ALR 71 (SCNT). En *el Consejo Pitjantjatjara contra Lowe y Bender* (1982) ALR 11, se entregaron al Consejo diapositivas tomadas por Mountford que contenían información sobre ceremonias religiosas secretas cuya publicación constituiría una ofensa al pueblo pit.



nales relativos a la propiedad intelectual, por ejemplo el Convenio de Berna, el Convenio de París, etc., se fundan en el mismo concepto.<sup>70</sup>

El Proyecto de Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas estipula que los pueblos indígenas tienen derecho a reivindicar la posesión, el control y la protección de su patrimonio cultural e intelectual.<sup>71</sup> A diferencia de los criterios de las leyes occidentales, la naturaleza de esta reivindicación es colectiva. Es este contraste entre los derechos individuales y los derechos colectivos lo que explica la insatisfacción de los pueblos indígenas en cuanto a las leyes de propiedad intelectual. Se trata de un régimen jurídico fundado en los principios de enajenación y de exclusividad de la propiedad, mientras que en general los bienes culturales e intelectuales de los indígenas no pueden ser propiedad ni monopolio de una sola persona, sino que constituyen un derecho colectivo que abarca a la comunidad entera. Cada comunidad indígena establece el equilibrio entre los derechos individuales y los derechos colectivos que derivan de sus “bienes”. Las personas clave, que tienen responsabilidades particulares en cuanto a la utilización y la administración de algunos de esos “bienes”, deben ejercer su autoridad de conformidad con las leyes y las costumbres de ese pueblo. Por ejemplo, no pueden enajenar esos bienes mediante una transferencia de propiedad a otra(s) persona(s) puesto que forman parte de la identidad colectiva y tienen una significación en el contexto de la comunidad, pero no fuera de ella.

Estas diferencias entre los conceptos fundamentales, asociadas a la posición de dominación que han ejercido los pueblos no indígenas, han dado por resultado una protección insuficiente de los bienes culturales e intelectuales de los indígenas, y su explotación y apropiación a escala mundial. Otro aspecto que ha limitado considerablemente el ejercicio de aquellos derechos por los pueblos indígenas es que el derecho en materia de propiedad intelectual es una esfera especializada, y los pueblos indígenas suelen carecer de medios financieros para acceder al nivel de pericia jurídica que permite escoger los mecanismos adecuados para cada caso particular. Por lo general, no existe un acceso permanente a los servicios de expertos para que esos pueblos puedan obtener la protección jurídica que esos mecanismos hayan establecido.

La situación en Australia refleja esas dificultades. En los últimos años, se han publicado varios estudios e informes sobre la propiedad intelectual con miras a mejorar la protección de la cultura indígena.<sup>72</sup> Ciertos cambios en las leyes sobre los

70. Véase el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, artículo 15.1.c.

71. Artículo 29, véase también artículo 12.

72. Por ejemplo, *ATSIC recognition, rights and reform: a report to Government on native title social justice measures*, Commonwealth de Australia, 1995, párrs. 6.34-6.97. El Departam-

derechos de propiedad cultural e intelectual indígena han sido el fruto de fallos, pero las posibilidades de introducir modificaciones son limitadas porque en gran parte ello equivaldría a crear una ley. En Australia, son escasos los progresos que se han realizado en cuanto a la elaboración de disposiciones jurídicas especiales para extender la esfera de protección de la ley de propiedad intelectual a aspectos particulares del patrimonio cultural indígena.

Muy recientemente, la Comisión de los Aborígenes y de los Isleños del Estrecho de Torres ha encargado un estudio sobre las opciones de reforma.<sup>73</sup> En el estudio se emplea el término “propiedad cultural e intelectual indígena” para hacer referencia a los derechos de los pueblos autóctonos a disfrutar de su patrimonio. El patrimonio comprende todos los objetos, sitios y conocimientos cuya naturaleza o utilización se ha transmitido o se sigue transmitiendo de generación en generación, y se consideran pertenecientes a un grupo indígena determinado o a su territorio. Se trata de la protección de la propiedad intelectual, de los diseños, de los recursos alimentarios tradicionales, de las expresiones tradicionales y contemporáneas, de los ritos y de las leyendas, del conocimiento de la flora y la fauna, de los cuentos populares y de las lenguas. Los problemas particulares examinados en el estudio abarcan: la reproducción o la exposición no autorizadas de obras, en violación de la costumbre, las imitaciones de motivos aborígenes y la propiedad individual o comunitaria de los bienes culturales.

## DERECHO DE AUTOR

Generalmente, se confiere la protección del derecho de autor –derecho exclusivo a reproducir una obra o a autorizar su reproducción– a los creadores y autores de obras literarias, artísticas, dramáticas y musicales, grabaciones sonoras y cinematográficas. Los titulares del derecho de autor tienen la capacidad jurídica para impedir cualquier utilización no autorizada del material protegido, como por ejemplo la copia o la reproducción de una obra.

El derecho de autor se aplica tanto a una obra de arte aborígen original como a cualquier otra obra de arte. Pero la creación de una obra de arte aborígen puede estar

---

mento del Fiscal General del Commonwealth produjo en 1994 un documento en el que se planteaban algunos de esos problemas: “Stopping the rip-offs: intellectual property protection for aboriginal and Torres strait islander peoples”, octubre de 1994. Terri Janke, “Our culture, our future: proposals for the recognition and protection of indigenous cultural and intellectual property”, 1997 (AIATSIS y ATSIC). House of Representatives Standing Committee on ATSI Affairs Inquiry into Culture and Heritage. Informes del Comisionado de Justicia Social para los Aborígenes y los Isleños del Estrecho de Torres.

73. Terri Janke, “Our culture, our future...”, *op. cit.*

sujeta a leyes consuetudinarias que dictan quién puede fabricar dichas obras y de qué modo, quién puede utilizarlas y con qué fin. Lo que se busca en la legislación es la protección de la integridad de esas leyes consuetudinarias más que el derecho a explotar la obra con fines lucrativos. La ley sobre derecho de autor no sirve a tal efecto.<sup>74</sup>

El derecho de autor sólo puede concederse a un autor identificable, se trate de una persona o de una empresa. No es un derecho comunitario. Si bien según la tradición, la creación de una obra por un artista requiere la autorización de los guardianes tradicionales o de los ancianos, el que gozará de la protección jurídica de los derechos de autor es el artista a título individual, no los depositarios de la tradición. Estos últimos no tienen derecho a presentar una reclamación de forma independiente para impedir la utilización no autorizada de una obra, ni a imponer condiciones para su exposición o utilización, ni a impedir que el autor venda la obra sin su permiso. Es probable que el derecho individual del autor esté en contradicción con los derechos de que los demás son titulares en virtud de las leyes tradicionales aborígenes.<sup>75</sup>

Un artista aborigen, Terry Yumbulul, había sido criticado por su clan por haber permitido que una reproducción de su obra figurara en un billete de banco. Bajo la autoridad del clan, había realizado un poste del lucero del alba. Por medio de una agencia, la obra se había vendido a un museo, donde se hallaba expuesta al público. El Reserve Bank había obtenido una licencia para reproducir la obra en un billete de diez dólares. El artista presentó una reclamación pero no logró convencer al tribunal de que no había comprendido la naturaleza de la licencia, o de que había sido inducido a firmarla o de que la operación era resultado de una conducta poco escrupulosa.<sup>76</sup> Sin embargo, el juez French observó que “en la ley sobre derecho de autor de Australia no se ha previsto el reconocimiento apropiado de las reclamaciones de la comunidad aborigen para reglamentar la reproducción y el uso de obras cuyo origen es esencialmente comunitario”. El Tribunal observó que era posible que algunos artistas aborígenes hubiesen trabajado con una idea errónea en lo tocante a las repercusiones de la exposición pública en su derecho de autor en ciertos tipos de obras. Afirmó que “esta cuestión, así como la cuestión del reconocimiento jurídico de los intereses comunitarios de los aborígenes en la reproducción de objetos sagrados, es un asunto que tienen que considerar los encargados de la reforma y los legisladores”.

---

74. Véase D. A. Ellinson, “Unauthorized reproduction of traditional aboriginal art”, *UNSW Law Journal*, 1994, págs. 327, 332 y siguientes.

75. ALRC IP 11, párr. 9.10.

76. *Yumbulul contra el Banco de Reserva de Australia* (1991) IPR 481, en 490, artículos 65 y 68 de la ley sobre derecho de autor.

La protección del derecho de autor sólo puede aplicarse a obras “originales”, requisito que puede resultar difícil de probar en lo que concierne a la expresión cultural indígena, debido a su carácter evolutivo y carente de originalidad. En un caso, varios artistas aborígenes advirtieron que una empresa de Australia Occidental, Indofurn Pty. Ltd., estaba reproduciendo sus obras de arte en Viet Nam sobre alfombras tejidas. Los artistas fueron gravemente ofendidos por la naturaleza de la violación puesto que los relatos del Sueño representados en las alfombras tenían una gran significación cultural y a veces eran relatos secretos o sagrados: el pisotear este tipo de imagen constituía una grave transgresión. El demandado declaró que no se podía reivindicar el derecho de autor pues las obras provenían de diseños tradicionales preexistentes y no eran originales. Sin embargo, el Tribunal Federal australiano llegó a la conclusión de que cabía considerar que se trataba de una interpretación artística individual, habida cuenta de los detalles intrincados y de la complejidad del diseño, que reflejaban una gran habilidad y originalidad, aunque la obra repitiera diseños tradicionales preexistentes.<sup>77</sup> El Tribunal reconoció que el uso no autorizado del patrimonio cultural aborígen podía causar un “perjuicio cultural”<sup>78</sup> y concedió una indemnización sustancial a los artistas por el “perjuicio cultural” que ellos y sus comunidades habían sufrido, y por la manera “flagrante” y “calculada” en que los demandados habían actuado, tanto antes como durante el juicio. El juez Von Doussa observó que una de las artistas había tratado de ocultar la reproducción no autorizada en las alfombras de dos relatos que le habían sido confiados, por miedo de que su pueblo le negara el derecho a participar en las ceremonias o a reproducir pinturas u otros relatos pertenecientes a la comunidad. El castigo podía llegar hasta la expulsión de la comunidad o el pago de una indemnización a su pueblo.

Aunque el artista pueda probar que es el titular individual del derecho de autor debido a su contribución original, el diseño o tema tradicional subyacente no está protegido, y puede que no sea considerado propiedad de nadie.<sup>79</sup> Los guardianes tradicionales del diseño o tema no tendrán ningún recurso, en virtud de la ley sobre derecho de autor, contra una apropiación ilícita por terceros, ni podrán impedir que el titular oficial del derecho de autor infrinja las leyes consuetudinarias indígenas, por ejemplo

---

77. Véase *Milpurrurru y otros contra Indofurn Pty ltd. y otros* (1995) 130 ALR 659. Además del problema de derecho de autor que planteaban, las alfombras llevaban una etiqueta que mencionaba indebidamente que habían sido fabricadas con autorización de los artistas, y que éstos cobrarían derechos de autor. Se concluyó que aquella mención era falsa e inducía a engaño, y que era contraria a la ley sobre prácticas comerciales, artículos 52, 53.

78. *Milpurrurru contra Indofurn* (1995) 130 ALR 659.

79. Ellinson, *op. cit.*, pág. 333.

vendiendo una obra de arte sin la autorización previa de su pueblo. Se ha sugerido que las comunidades indígenas recurran al fideicomiso impuesto por la ley (*equitable constructive trust*) para reclamar una partición equitativa de la propiedad intelectual. Salvo prueba en contrario, esta sugerencia no se ha sometido a un tribunal. En otro caso, un propietario tradicional de tierras había tratado de presentar una demanda junto con el creador de una obra que había sido copiada, alegando que era el guardián de las tierras vinculadas a los relatos ilustrados en la obra.<sup>80</sup>

Las obras para las que se reivindica el derecho de autor tienen que estar fijadas, o tener una forma tangible o material, lo cual excluye de la protección del derecho de autor una amplia gama de manifestaciones culturales indígenas, tal como los cuentos, las canciones y los bailes.<sup>81</sup> Esto desfavorece particularmente a los pueblos indígenas, cuyo patrimonio cultural se ha venido transmitiendo oralmente de generación en generación. En cambio, la persona –como, por ejemplo, un investigador–, que plasme por primera vez una obra de esa índole en un soporte permanente, ya sea escrito o grabado, gozará de la protección del derecho de autor.<sup>82</sup>

Otro problema es que el derecho de autor no protege las propias ideas sino exclusivamente su expresión en una obra determinada. Los estilos y las técnicas artísticas utilizados en un trabajo determinado carecen también de protección. Esto significa que la técnica “puntillista” al acrílico utilizada en el arte tradicional aborigen de Australia no está protegida y podría ser utilizada por un artista no indígena sin que ello constituyera una violación de la legislación sobre derecho de autor. Los temas representados tampoco gozan de protección.

Además de lo mencionado anteriormente, la protección del derecho de autor tiene una duración limitada, generalmente la vida del autor y los cincuenta años que siguen a su muerte. Se sabe que el pueblo aborigen de Australia ha vivido en estas tierras durante más de 40.000 años. Sus antiguas pinturas rupestres pueden revestir gran importancia cultural y la reproducción de éstas planteará, sin duda, muchos problemas. No obstante, la legislación sobre derecho de autor no las protege contra ese tipo de apropiación.

Los artistas aborígenes contemporáneos han tenido a veces la posibilidad de recurrir a la ley sobre derecho de autor para impedir violaciones de la tradición. Los tribunales han adaptado y aplicado ciertos principios para hacer respetar las normas culturales tradicionales y para reconocer y respaldar los intereses tradicionales siempre

---

80. Caso de Bulun Bulun, pendiente en el Tribunal Federal.

81. La pintura corporal constituye un buen ejemplo; Maddock, *Aboriginal Law Bulletin* 2/34, octubre de 1998; Ellinson, *op. cit.*, pág. 333.

82. Los ejecutantes pueden tener algunos derechos.

que los principios jurídicos lo permitían. En algunas circunstancias, se han aplicado disposiciones del derecho penal para incautar obras de arte aborígen. No obstante, se siguen produciendo graves violaciones de las normas tradicionales, que causan mucha preocupación y tristeza en las comunidades aborígenes. Por añadidura, las demandas judiciales (o la amenaza de recurrir a ellas) para reparar las violaciones del derecho de autor no satisfacen las necesidades de los pueblos indígenas, debido al costo y al carácter incierto del desenlace del procedimiento judicial, así como a la renuencia de muchos aborígenes a entablar acciones. Según la opinión general, la ley sobre derecho de autor no protege suficientemente las obras culturales y artísticas de los aborígenes.

Aunque en los veinte últimos años se han formulado varias propuestas de enmienda de la ley sobre derecho de autor,<sup>83</sup> todavía no se ha llegado a un acuerdo en cuanto a la solución idónea. Algunas de esas propuestas consistirían en conceder a la comunidad aborígen interesada un derecho moral o bien un derecho de propiedad sobre las obras de arte para impedir su apropiación o su utilización de manera ofensiva y contraria a las costumbres y la tradición.<sup>84</sup> Según propuestas conexas, se trataría de extender la duración de la protección del derecho de autor.<sup>85</sup> Asimismo, se ha sugerido que el sistema de protección de la propiedad cultural incluya el "folclore". El "folclore" abarca las canciones, los rituales, las ceremonias, las danzas, las artes, las costumbres y las creencias espirituales que tienen un significado especial para los aborígenes según sus tradiciones. Esta medida podría establecer vínculos jurídicos fuertes entre los derechos sobre las tierras, la protección de los sitios sagrados y la protección del patrimonio, de las reliquias y de las obras de arte. "Es imprescindible comprender bien estos vínculos para apreciar plenamente el arte aborígen."<sup>86</sup>

La legislación vigente en materia de propiedad intelectual no reconoce la propiedad colectiva. Si se reconociera el carácter colectivo de la propiedad cultural indí-

---

83. Por ejemplo, Janke: *Report of the Working Party on the Protection of Aboriginal Folklore*, AGPS 1981. "Stopping the rip-offs", *op. cit.*

84. Janke, *op. cit.*, 62-63 (El gobierno aún no ha adoptado las propuestas respecto a una legislación sobre derechos morales. En otros estudios, se ha considerado que tal legislación no era particularmente necesaria: DAA, The aboriginal arts and crafts industry, Report of the Review Committee, AGPS, 1989.) *Recognition of aboriginal customary law*, ALRC 31, vol. 1, párr. 469-470. Véanse además "Designs", ALRC IP 11, pág. 60. Janke, *op. cit.*, págs. 62-63. C. Golvan, "Aboriginal art and the protection of indigenous cultural rights", *Aboriginal Law Bulletin*, vol. 56, n.º 5, 1992, pág. 8.

85. ALRC IP 11, párr. 9.15.

86. Golvan, *op. cit.*, pág. 8. Véase la ley de protección del patrimonio de los aborígenes y de los isleños del estrecho de Torres de 1984 Pt IIA. Fue promulgada por el Commonwealth a petición del estado de Victoria y sólo es vigente en ese estado.

gena habría que velar por no restringir indebidamente los derechos de las personas, especialmente el derecho a la libertad de expresión. Sería preciso encontrar un equilibrio entre estos intereses, potencialmente opuestos, para justificar esta forma de protección cultural como medida especial.

## DISEÑOS

En la legislación sobre diseños se plantean problemas similares. Los diseños nuevos u originales pueden ser registrados para impedir su utilización sin licencia, y su protección tiene un plazo limitado. Confiere al artista un monopolio a corto plazo con la condición de que, una vez que esa protección haya expirado, el diseño o la idea entre en el dominio público. Sin embargo, no ampara a los aborígenes, cuyos dibujos tradicionales proceden de la antigüedad o son sagrados, y cuya reproducción ofendería gravemente a los aborígenes tradicionales.<sup>87</sup> En lo que concierne a los diseños con especial significado cultural y espiritual, la ley existente no los protege en su integridad.<sup>88</sup> Las distintas propuestas de reforma incluyen el reconocimiento de la propiedad colectiva de los diseños culturales indígenas, que permitiría a las comunidades aborígenes registrar sus diseños tradicionales, y extender el periodo de protección a la perpetuidad.<sup>89</sup>

## PATENTES

Problemas del mismo tipo se plantean en el caso de las patentes. Una patente concede a su titular el derecho exclusivo de explotar un invento durante un periodo limitado, generalmente entre quince y veinte años. Las patentes ofrecen un posible mecanismo jurídico para proteger los conocimientos y el patrimonio indígena, pero comprenden una serie de limitaciones importantes. Uno de los requisitos es que se pueda identificar a un solo "inventor", cuando la práctica corriente en muchos pueblos indígenas es compartir los conocimientos. Asimismo, surgen dificultades a la hora de probar que el objeto de la patente es un "invento" que ningún otro grupo o persona conoce, habida cuenta de la manera en que el conocimiento indígena ha evolucionado a lo largo de miles de años. Además, patentar un invento es muy costoso. Se ha hecho notar que muchos conocimientos indígenas en materia de prácticas agrícolas, farmacéuticas y científicas se transmiten de generación en generación pero por lo general no pueden

---

87. ALRC IP 58-59. DP 58, 2. 39. El informe final no abordaba esta cuestión porque un comité parlamentario estaba examinando el asunto del patrimonio cultural. Véase Janke, *op. cit.*, pág. 44.

88. *Recognition of aboriginal customary law*, ALRC 31, vol. I, párr. 469-470.

89. Janke, *op. cit.*, pág. 64. Véase también Daes, *op. cit.*, párr. 145.



ser patentados.<sup>90</sup> Sería preciso definir un nuevo uso de un recurso ya existente. Una posible reforma consistiría en enmendar las leyes y los procedimientos relativos a las patentes con el fin de conceder a los pueblos indígenas el derecho a una retribución o al reconocimiento de la contribución de sus conocimientos en la elaboración de muchos productos agrícolas y farmacéuticos.<sup>91</sup>

Muchas comunidades indígenas viven en zonas que se destacan por su biodiversidad y han desarrollado, a lo largo de las generaciones, una comprensión vasta y compleja de una serie de ecosistemas, y corren el riesgo de ser explotadas por intereses comerciales con la intención de sacar provecho de sus conocimientos de biología.<sup>92</sup> Los aborígenes australianos temen que su conocimiento de los recursos naturales sea utilizado por científicos y laboratorios farmacéuticos con fines comerciales y en contra de sus intereses.<sup>93</sup> Esto podría desembocar en la explotación de sus conocimientos con fines comerciales sin el debido reconocimiento de su contribución y a cambio de una escasa indemnización, si la hubiese. Por ejemplo, el gobierno de Australia Occidental otorgó una licencia a un instituto de investigación, y luego a un laboratorio farmacéutico, para recoger plantas a fin de elaborar un medicamento contra el sida. Los indígenas locales conocían la planta en cuestión, llamada “smokebush”, por sus propiedades medicinales. No han recibido nada a cambio de su papel en el descubrimiento de dichas propiedades curativas.<sup>94</sup>

Esta “apropiación de los conocimientos indígenas” no está sujeta a ninguna restricción en virtud de la ley ni da derecho a una compensación, a menos que se llegue a un arreglo. La única respuesta jurídica ha sido proponer contratos tipo en el ámbito de la biodiversidad,<sup>95</sup> que comprenderían la consulta, el consentimiento y el pago de royalties. También se ha reivindicado el derecho de las comunidades indígenas a supervisar la utilización del material pertinente.

---

90. Janke, *op. cit.*, pág. 45.

91. *Ibidem*, pág. 64.

92. Daes, párr. 90-102, hace referencia a la naturaleza del conocimiento tradicional e informa sobre una serie de casos en los que los indígenas recibieron escasa o ninguna compensación por el uso de sus conocimientos por un tercero.

93. “Our culture, our future...”, *op. cit.*, págs. 26, 28, 29.

94. *Ibidem*, págs. 28, 46.

95. *Ibidem*, págs. 79-80. Las disposiciones tipo se fundan en el ejemplo de Merck mencionado por Daes, párr. 96.



## OBSERVACIONES. PERTINENCIA DE LAS NORMAS INTERNACIONALES

Cabe observar que la legislación australiana ha estado más propensa a reconocer y adaptar el derecho consuetudinario de los aborígenes en los campos de derechos sobre las tierras, títulos de los nativos y protección de las zonas y de los objetos, esto es, cuando se trata de "propiedad real e individual", que en lo relativo a otras formas de bienes culturales o propiedad intelectual. En el primer contexto, el carácter comunitario de la cultura indígena parece plantear menos problemas; se puede considerar que los intereses relacionados con las tierras son poseídos por la comunidad a perpetuidad y en su nombre. En cambio, las leyes de propiedad intelectual se fundamentan en el derecho individual de explotación, concepto que no defiende los intereses de la comunidad y que podría incluso entrar directamente en conflicto con ellos. No obstante, se ejercen constantes presiones en favor de reformas, particularmente en lo que concierne a la legislación sobre derecho de autor y la protección contra la utilización no autorizada del material cultural. Otros motivos de preocupación son la reclamación de una partición de los beneficios procedentes del uso comercial de los conocimientos indígenas, y la protección de la autenticidad.

Un factor relacionado con los procedimientos de reforma es que, si bien los intereses indígenas en las tierras y los objetos culturales se han enfocado exclusivamente en virtud de las leyes nacionales, la legislación sobre la propiedad intelectual forma parte de una red compleja de normas internacionales. Los aborígenes quieren que se reformen esas leyes con miras al reconocimiento de su derecho a la libre determinación y de sus derechos colectivos de poseer, controlar y proteger sus bienes culturales e intelectuales. Lo que podría limitar el alcance de semejante reforma es que cualquier cambio en la legislación australiana respecto a la propiedad intelectual y cultural indígena ha de cumplir con las obligaciones de Australia en virtud de los convenios internacionales sobre la protección del derecho de autor. La mayor parte de los instrumentos internacionales están encaminados a proteger los derechos individuales y a garantizar que los autores tengan el derecho de explotar sus creaciones sin que nadie usurpe ese derecho. No permiten solucionar los problemas relacionados con la protección de los derechos indígenas en este ámbito. Además, al parecer algunos instrumentos relativamente nuevos en esta esfera refuerzan los fundamentos actuales de las leyes de propiedad intelectual.

### El Convenio sobre la Diversidad Biológica

Un ejemplo es el reciente Convenio sobre la Diversidad Biológica. En él se reconoce que los derechos de propiedad intelectual pueden servir de importantes mecanismos para asistir a los Estados en la preservación de la biodiver-

sidad.<sup>96</sup> Sin embargo, no se cuestiona el funcionamiento o la legitimidad de la legislación sobre la propiedad intelectual. Sólo se observa que la transferencia de tecnología a los países en desarrollo es deseable y que, siempre que se haga este tipo de comercio, abarque conocimientos indígenas y tradicionales sólo cuando esto sea “compatible con la protección adecuada y efectiva de los derechos de propiedad intelectual”. Por lo visto, el objetivo a largo plazo de tal disposición es que los países en desarrollo y cualquier Estado que efectúe el comercio de bienes intelectuales indígenas lo hagan de un modo universalmente aplicable y de conformidad con el derecho occidental sobre la propiedad intelectual.

En virtud del Convenio, que está basado en el principio de soberanía nacional, cada Estado tiene derecho a explotar los recursos naturales dentro de su jurisdicción, mientras esto no tenga repercusiones ambientales perjudiciales más allá de sus fronteras. Este principio niega todo reconocimiento de los derechos y las responsabilidades que la mayoría de las comunidades indígenas estiman tener en calidad de guardianes de sus territorios.

En el artículo 8 (j) del Convenio se requiere que los Estados partes respeten, preserven, mantengan y fomenten el conocimiento, las innovaciones y las costumbres de los pueblos indígenas, y promuevan la repartición equitativa de los beneficios resultantes de la utilización de sus conocimientos. Este artículo estipula asimismo que los pueblos indígenas deberían compartir “de un modo justo y equitativo” y “bajo condiciones establecidas de mutuo acuerdo” todo beneficio procedente del desarrollo de su propiedad intelectual y cultural.<sup>97</sup> Sin embargo, este artículo no crea derechos que los pueblos indígenas puedan hacer cumplir, ni reconoce la capacidad jurídica de estos últimos para aplicar el Convenio.

El Convenio entró en vigor el 29 de diciembre de 1993. Australia lo ha ratificado y ha preparado una estrategia nacional para un desarrollo compatible con el medio ambiente y para la preservación de la diversidad biológica en su territorio. Uno de los objetivos de esta estrategia nacional es “garantizar que los conocimientos biológicos tradicionales en el campo científico, comercial y público sólo se utilicen con la cooperación de sus propietarios tradicionales y bajo el control de éstos, y asegurar que la utilización y la recopilación de dichos conocimientos generen beneficios económicos y sociales para ellos”.

---

96. Convenio sobre la Diversidad Biológica, 5 de junio de 1992, en vigor desde 1993. Véanse artículos 16, 17.2, 1.

97. *Ibidem*, artículos 15, 19.

Estas disposiciones respaldan la elaboración de directrices y contratos tipo relativos a la biodiversidad, mencionados anteriormente, pero no abordan los problemas fundamentales que se plantean a la hora de aplicar la legislación sobre la propiedad intelectual a los pueblos indígenas.<sup>98</sup>

### El Acuerdo sobre los ADPIC y la OMC

Otro instrumento relativamente nuevo es el Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio (ADPIC) de 1994.<sup>99</sup> En este acuerdo se alienta a todos los Estados miembros a que desarrollen, ejecuten y hagan cumplir los derechos de propiedad intelectual en las legislaciones nacionales en virtud de las leyes sobre propiedad intelectual existentes, tales como el Convenio de París para la Protección de la Propiedad Intelectual de 1967 con miras a eliminar los desajustes comerciales y los obstáculos al comercio internacional resultantes de la incompatibilidad entre los sistemas jurídicos. Las normas internacionales tienen que aplicarse en favor de los extranjeros tanto como de los ciudadanos nacionales en igualdad de condiciones.<sup>100</sup>

Una disposición importante del Acuerdo sobre los ADPIC, en lo que concierne a la protección del patrimonio cultural indígena, es el artículo 39.2. Estipula que “las personas físicas y jurídicas tendrán la posibilidad de impedir que la información que esté legítimamente bajo su control se divulgue a terceros, o sea adquirida o utilizada por terceros sin su consentimiento de manera contraria a los usos comerciales honestos”. Daes ha llegado a la conclusión de que este artículo exige que los Estados miembros de la OMC “confieran protección, en virtud de la legislación nacional, a aquellos elementos del patrimonio de los pueblos indígenas que los pueblos interesados decidan mantener secretos”.<sup>101</sup>

Sin embargo, para beneficiarse del artículo 39 (2), la propiedad intelectual en cuestión no deberá ser generalmente conocida, deberá tener un valor comercial,

98. Janke, *op. cit.*, págs. 79-80.

99. Este acuerdo constituye el anexo 1 (c) al Acta Final de la Ronda de Uruguay, firmada en abril de 1994. Está administrado por la Organización Mundial del Comercio (OMC). El texto está disponible en el sitio Internet de la OMC: <http://www.wto.org>.

100. *Ibidem*, artículos 1 y 3.

101. Erica Irene Daes (1996), “Protección del patrimonio de las poblaciones indígenas: Informe complementario presentado por la Relatora Especial” de conformidad con la resolución 1995/40 de la Subcomisión y la resolución 1996/63 de la Comisión de Derechos Humanos, Subcomisión de Prevención de Discriminaciones y Protección a las Minorías, 48º período de sesiones, 24 de junio de 1996, E/CN.4/Sub.2/1996/22, párr. 51.

y haber sido objeto de medidas razonables “para mantenerla secreta, tomadas por la persona que legítimamente la controla”. Una interpretación estricta de las líneas del último de estos requisitos sugiere que la información no sólo ha de ser propiedad de una persona (y no de una comunidad), sino también que dicha persona tiene que ser “legítimamente” reconocida como propietaria de esa información. De esos términos se desprende también que, cuando un sistema jurídico indígena no esté reconocido por el Estado en cuestión, no podrán cumplirse las condiciones del artículo 39.2 y el Estado no tendrá la obligación de proteger la propiedad intelectual indígena.

El Acuerdo sobre los ADPIC puede ofrecer a los gobiernos que apoyan los derechos de los pueblos indígenas en sus jurisdicciones un marco que les permita tomar medidas muy eficaces para fomentar esos derechos. Sin embargo, habida cuenta de las numerosas escapatorias que este acuerdo deja abiertas, los Estados podrán alegar que sus deberes se limitan a aplicar las normas internacionales existentes en materia de propiedad intelectual, tales como el Convenio de París.

#### Normas relativas a los derechos humanos

A falta de respaldo de las reclamaciones de los indígenas en el ámbito de las normas internacionales relativas a la propiedad intelectual, habría que plantearse si las normas relativas a los derechos humanos podrían paliar esa deficiencia. Dichas normas han contribuido indirectamente al reconocimiento por Australia del derecho consuetudinario de los aborígenes relativo a los intereses en las tierras y a la protección de los bienes culturales. Al respecto, los instrumentos más pertinentes han sido la Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Una disposición particularmente pertinente en el ámbito de los derechos humanos es el artículo 27 de dicho Pacto, citado anteriormente. La Comisión de Derechos Humanos considera que los pueblos indígenas están amparados por el artículo 27, aunque las sociedades indígenas no aceptan necesariamente la descripción de “minoría”.<sup>102</sup>

Aunque los derechos amparados por el artículo 27 están definidos como derechos individuales de personas pertenecientes a minorías, estas últimas sólo pueden gozar de ellos en común con los demás miembros de su grupo. Se ha observado que la referencia a la “comunidad” en el artículo 27 introduce un elemento colectivo y

---

102. Véase, por ejemplo, “Pueblos indígenas”, en H. J. Stenier y P. Alston, *International human rights in context: law, politics, morals*, Clarendon, 1996, pág. 1009. En el artículo 30 de la Convención sobre los Derechos del Niño se añade una referencia a los pueblos indígenas en una disposición paralela al artículo 27 del Pacto.

requiere la protección de la minoría, pues los derechos individuales resultarían inútiles sin aquella protección.<sup>103</sup> El Comité de Derechos Humanos ha reconocido asimismo la importancia de la comunidad en el ejercicio de dichos derechos:

Aunque los derechos amparados por el artículo 27 sean derechos individuales, dichos derechos dependen a su vez de la capacidad del grupo minoritario para conservar su cultura, su idioma o su religión. En consecuencia, puede ser también necesario que los Estados adopten medidas positivas para proteger la identidad de una minoría y los derechos de sus miembros a gozar de su cultura y su idioma perfeccionándolos y a practicar su religión, en común con los otros miembros del grupo (Observación general, párr. 6.2).

El Comité de Derechos Humanos ha puesto de relieve el hecho de que los derechos protegidos por el artículo 27 están encaminados a garantizar la supervivencia y el desarrollo continuo de la identidad cultural, religiosa y social de las minorías interesadas, y la participación efectiva de los miembros de comunidades minoritarias en las decisiones que les afectan.<sup>104</sup>

Se ha aplicado el artículo 27 principalmente a las reclamaciones respecto a la pérdida de territorios y de actividades económicas. El Comité de Derechos Humanos ha reconocido que el derecho a disfrutar de una cultura determinada puede consistir en un modo de vida estrechamente asociado al territorio y al uso de sus recursos. El Comité opina que, para que los pueblos indígenas disfruten de actividades tradicionales como la caza y la pesca, de usos específicos de las tierras y del derecho a vivir en reservas protegidas por la ley, se han de adoptar medidas jurídicas positivas de protección así como medidas que garanticen la participación eficaz de los miembros de comunidades minoritarias en las decisiones que les afectan.<sup>105</sup>

En un caso que fue objeto de una decisión del Comité de Derechos Humanos, un miembro de la Agrupación del Lago Lubicon alegó que, a pesar de las leyes y de los tratados, el gobierno del Canadá había violado los derechos de la Agrupación al permitir que el gobierno de la Provincia de Alberta expropiara su territorio en favor de empresas privadas, en particular para contratos de arrendamiento con miras a la explo-

---

103. M. Nowak, *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de las Naciones Unidas, observaciones sobre el PIDCP*, Engel, 1993, pág. 497 y referencias.

104. Comité de Derechos Humanos, Observación general 23, artículo 27 (50° período de sesiones, 1994), Recopilación de las observaciones generales y recomendaciones generales adoptadas por órganos de derechos humanos creados en virtud de tratados, ONU, HRI/GEN/1/Rev.1 en 38 (1994), párrs. 1, 9, 7.

105. Observación general 23 (50) párr. 7. *Ilmari Lansman y otros contra Finlandia* 511/1992, 26 de octubre de 1994.

ración de yacimientos de petróleo y gas. Desde el punto de vista del Comité, los derechos amparados por el artículo 27 incluían el derecho de emprender, en común con otras personas, actividades económicas y sociales que formaran parte de la cultura de la comunidad.<sup>106</sup> El Comité reconoció [párr. 33] que las desigualdades históricas y algunos hechos más recientes amenazaban el modo de vida y la cultura de la Agrupación del Lago Lubicon y constituían una violación del artículo 27 mientras continuasen.

El Comité no ha considerado la aplicación de estos principios a la protección de la propiedad intelectual y cultural de los pueblos indígenas. Por lo visto, se podría encontrar respaldo en el artículo 27 para el reconocimiento de un derecho a fin de impedir la utilización del patrimonio cultural de un modo que destruya los valores espirituales y culturales. Pero no se podría proporcionar tal respaldo de una manera que destruyera ni menoscabara los derechos individuales. Habría que tomar en cuenta el carácter individual de los derechos de propiedad intelectual en virtud del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. El artículo 15 protege los derechos de toda persona a: a) participar en la vida cultural; b) gozar de los beneficios del progreso científico y de sus aplicaciones; c) beneficiarse de la protección de los intereses morales y materiales que les correspondan por razón de las producciones científicas, literarias o artísticas de que sea autora.<sup>107</sup> En la medida en que se limita a los derechos individuales, el párrafo c) no prevé una protección de los derechos colectivos de la comunidad indígena respecto a la propiedad cultural e intelectual y, de hecho, su aplicación podría incluso ser incompatible con aquellos derechos colectivos. Cabe señalar también que en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos están amparados una serie de derechos individuales significativos en lo que concierne a la propiedad intelectual, como la libertad de expresión, comprendida la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones (artículo 19), la libertad de religión y de asociación y la protección contra injerencias ilegales en la vida privada y la familia (artículo 17). Algunos de esos derechos pueden también entrar en conflicto con el derecho colectivo a restringir el acceso a la información a menos que ello se pueda justificar como medida especial de protección.

Por lo visto, los principales instrumentos relativos a los derechos humanos, como el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el Pacto Internacional

---

106. *Bernard Ominayak, Jefe de la Agrupación del Lago Lubicon contra Canadá* 167/1984, 26 de marzo de 1990, Informe Anual de 1990. Véase también *Ilmari Lansman y otros contra Finlandia* 511/1992, 26 de octubre de 1994. Observación general 23 (50).

107. Artículo 15. Véase también la Declaración Universal de Derechos Humanos, artículo 27.2.

de Derechos Económicos, Sociales y Culturales no proporcionan soluciones para los antagonismos que podrían surgir entre los derechos individuales y la solicitud por parte de los pueblos indígenas de una protección de los derechos colectivos relacionados con la propiedad cultural e intelectual.<sup>108</sup>

### Proyecto de Declaración de las

#### Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas

El Proyecto de Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas de 1993 no está concebido como un convenio que genere obligaciones vinculantes para los Estados que lo ratifiquen.<sup>109</sup> Sin embargo, las obligaciones que los Estados tendrían que aceptar si lo ratificaran están redactadas en términos tajantes. Los derechos previstos en los términos del Proyecto deberán ser incorporados en la legislación de tal manera que en la práctica los pueblos indígenas puedan valerse de ellos.<sup>110</sup> Las disposiciones clave son los artículos 12, 13, 14 y 29, mencionados antes, aunque hay que considerar la Declaración como un todo, particularmente a la luz de sus disposiciones relativas a la libre determinación, derecho que los Pactos no han logrado conferir a los indígenas.<sup>111</sup>

Este artículo está escrito desde el punto de vista de una persona no indígena. Pero aquí sería preciso recalcar que los pueblos indígenas siempre han argumentado que la protección y administración de su patrimonio cultural es indisoluble de su derecho a la libre determinación, a poseer sus territorios y a disfrutar de sus culturas. Afirman que no puede haber separación entre el respeto de sus derechos culturales y el respeto de la totalidad de sus derechos, habida cuenta de la interdependencia de esos derechos y de sus relaciones recíprocas.

---

108. Erica Irene Daes, *Protection of the heritage of indigenous people, op. cit.* La relatora especial preparó luego Principios Fundamentales para la Protección del Patrimonio Indígena.

109. Está sometido a un estudio detallado por el Grupo de Trabajo de la Subcomisión.

110. Proyecto de Declaración, artículo 37.

111. Artículo 2. No da lugar a procedimientos individuales de reclamación. *Bernard Ominayak, Jefe de la Agrupación del Lago Lubicon contra Canadá 167/1984*, 26 de marzo de 1990: el autor alegó que el gobierno del Canadá había violado el derecho de la Agrupación del Lago Lubicon a la libre determinación, en virtud del cual puede determinar libremente su estatuto político y proseguir su desarrollo económico, social y cultural, y que abarca también el derecho a disponer libremente de sus bienes y recursos naturales y a no ser privada de sus propios medios de subsistencia. Se llegó a la conclusión de que el Comité no podía resolver la cuestión de si la Agrupación del Lago Lubicon es una "población" de acuerdo con el Protocolo Facultativo, y por tanto no podía determinar si se había violado el derecho de esta última a la libre determinación en virtud del artículo 1 del Pacto.



Más que una adaptación de las leyes de propiedad intelectual (occidentales) con este fin, lo que reclaman los pueblos indígenas es un sistema basado en su propia decisión de lo que quieren proteger, de cómo quieren que sea protegido y cómo quieren seguir usándolo. Al definir su propio enfoque de la protección y administración de su patrimonio cultural, los pueblos indígenas consideran que ejercen su derecho a la libre determinación. No exigen necesariamente la creación de “leyes” en la forma en que la jurisprudencia occidental entiende esta palabra. Un nuevo enfoque podría comprender estructuras o instituciones responsables de la observancia de cierto tipo de comportamiento, o de la resolución de querellas, más que la articulación de “leyes” codificadas en forma de reglamento.

A fin de poner en práctica este método, los sistemas jurídicos no indígenas habrían de reconocer la “soberanía” de las estructuras e instituciones políticas y sociales indígenas que, según ellos, están habilitadas para hacer cumplir sus leyes y costumbres. Esta evolución daría un carácter formal a lo que siempre ha sido realidad en la mente de la mayoría de los pueblos indígenas. Sin embargo, para la mayor parte de ellos, este reconocimiento de los derechos culturales y de las leyes indígenas tiene tanta importancia como el reconocimiento de sus derechos sobre las tierras.

Es imposible prever cuanto tiempo pasará antes de que el Proyecto de Declaración revista una forma definitiva. Es probable que las presiones en favor de una reforma de las legislaciones nacionales sobre la propiedad cultural e intelectual no esperen la adopción de ese Proyecto. Pero es posible también que el proceso de reforma que se está llevando a cabo en Australia se inspire en los principios establecidos en el Proyecto de Declaración. Aquellos principios, que son específicos de la protección de la propiedad cultural e intelectual, no proporcionan respuestas particulares a las cuestiones complejas que se han examinado en este artículo en relación con la protección de la propiedad cultural e intelectual. Sin embargo, tomada en su conjunto, la Declaración provee un marco para que los propios pueblos indígenas puedan resolver aquellas cuestiones. En particular, además de lo que se acaba de mencionar, los indígenas tienen, en virtud de la Declaración, el derecho de entablar acciones para resolver litigios y remediar la violación de sus derechos individuales y colectivos de una manera compatible con sus propias costumbres, tradiciones, normas y sistemas jurídicos.<sup>112</sup>

---

112. Proyecto de Declaración, artículo 39. Tómese nota también de la disposición en el artículo 21 destinada a crear un órgano de las Naciones Unidas.



# DERECHOS CULTURALES, DIVERSIDAD BIOLÓGICA Y PATRIMONIO DE LAS TRIBUS INDIAS DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMERICA\*

Dean B. Suagee

## 1. INTRODUCCIÓN

El territorio al que hoy denominamos América del Norte se formó, según la tradición oral de las naciones de la Confederación Iroquesa o Haudenosaunee, cuando la Mujer del Cielo cayó a través de un agujero en la bóveda celeste.<sup>1</sup> En ese entonces, la tierra estaba cubierta de agua. Las criaturas que vivían en el agua miraron hacia arriba y, al verla caer, tomaron conciencia de que era preciso prepararle un lugar para que aterrizara. La gran tortuga ofreció su caparazón. El pato dijo que sobre el lomo de la tortuga tenía que haber tierra y se sumergió al fondo para buscarla, pero no logró llegar. El somorgujo y el castor también lo intentaron, pero tampoco pudieron llegar al fondo. Por último, la rata almizclera lo consiguió y trajo de allí un poco de tierra que, una vez sobre el lomo de la tortuga, creció hasta convertirse en el mundo entero. Un par de cisnes voló a buscar a la Mujer del Cielo y la instaló suavemente sobre la tierra que recubría el lomo de la tortuga.

Una cultura indígena que reconoce que debe su supervivencia, desde el comienzo, a la beneficencia de criaturas no humanas también ha de saber algo acerca del modo en que las comunidades humanas pueden satisfacer sus propias necesidades respetando las de los demás seres vivos.

Medio siglo después de la adopción de la Declaración Universal de Derechos Humanos, los pueblos indígenas del mundo tratan de obtener de la comunidad inter-

---

\* Algunos fragmentos de este artículo se han adaptado de Dean B. Suagee, "Human rights of indigenous peoples: will the United States rise to the occasion?", 21 *American Indian Law Review* 365, edición de 1997.

1. J. Bruchac, *Iroquois stories: heroes and heroines, monsters and magic*, Freedom (California), The Crossing Press, 1985.

nacional el reconocimiento de sus derechos humanos, en especial aquéllos vinculados a la posibilidad de vivir como comunidades autónomas en sus tierras tradicionales. Mientras tanto, los medios científicos de los países industrializados del mundo han logrado llamar la atención de los gobiernos sobre la crisis mundial causada por la extinción de las especies, en gran medida imputable a las actividades humanas que se realizan en aras del “crecimiento” económico y el “desarrollo”. En este artículo se estudian algunas de las conexiones entre estos dos movimientos internacionales: el que busca el reconocimiento de los derechos humanos de los pueblos indígenas y el que lucha por la preservación de la diversidad biológica.

En los países industrializados aquéllos que reconocen algunas de estas conexiones están motivados sea por el interés propio sea por una cuestión de principios. Por una parte, los pueblos indígenas poseen un acervo de conocimientos culturales tradicionales sobre sus tierras natales que se podrían utilizar en beneficio de los habitantes del mundo industrializado. Por otra, quienes actúan en nombre de ciertos principios tienden a expresar apoyo a los derechos humanos de los pueblos indígenas, comprendido el derecho a seguir existiendo como culturas distintas.<sup>2</sup> Estos dos tipos de motivaciones no son necesariamente contradictorios e incluso pueden resultar complementarios. Si los pueblos indígenas logran sobrevivir a las actuales agresiones contra sus culturas y sus territorios, los gobiernos no indígenas y las organizaciones no gubernamentales podrían trabajar en colaboración con ellos con objetivos comunes de conservación del medio ambiente en beneficio de las generaciones futuras.

Este artículo se centra particularmente en la situación de las tribus indias de los Estados Unidos de América, antes que en los pueblos indígenas del mundo entero. Los esfuerzos por establecer normas internacionales mínimas relativas a los derechos de los pueblos indígenas se han fundado principalmente en la legislación nacional para dar efecto a esos derechos. Por ejemplo, el Proyecto de Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas<sup>3</sup> incluye numerosas disposiciones en que se insta a los Estados, o se les alienta, a que adopten medidas efectivas para garantizar que los pueblos indígenas ejerzan realmente los derechos proclamados en la

---

2. Véase S. James Anaya, *Indigenous peoples in international law*, Nueva York, Oxford University Press, 1996 (explicación de la norma de la integridad cultural), págs. 98-104; véanse las notas 73-76 *infra* y el texto que las acompaña.

3. Informe de la Subcomisión de Prevención de Discriminaciones y Protección a las Minorías sobre su 46º período de sesiones, en Doc 115 de las Naciones Unidas E/CN.4/1995/2, E/CN.4/Sub.2/1994/56 Anexo (1994) (denominado a continuación “Proyecto de Declaración de las Naciones Unidas”). El texto se reproduce en el apéndice A.

Declaración. Asimismo, el artículo 8 j) del Convenio sobre la Diversidad Biológica<sup>4</sup> estipula que cada parte contratante respetará y preservará los conocimientos tradicionales indígenas con arreglo a su legislación nacional. Habida cuenta de que todo depende de la legislación nacional, sería útil centrarse en la de los Estados Unidos de América. Otros países pueden inspirarse en la experiencia estadounidense al configurar su propia legislación nacional, mientras que los lectores de ese país podrán comprobar que el punto de vista de los derechos humanos aporta valiosas contribuciones.

Los Estados Unidos tienen una larga tradición de reconocimiento del derecho de las tribus indias a vivir como comunidades autónomas culturalmente distintas, aunque la adhesión de la política nacional al principio de la autonomía tribal ha sido, cuando menos, incoherente. De hecho, en dos períodos históricos los Estados Unidos aplicaron políticas destinadas a destruir los gobiernos tribales. Además, a lo largo de gran parte de su historia, han fomentado el “aprovechamiento” de los recursos naturales con métodos que han perjudicado a las culturas tribales; a este respecto pueden citarse las presas hidroeléctricas en la costa noroeste del Pacífico que, como se señala más adelante en este artículo, han perturbado gravemente las migraciones de salmones salvajes de los que las culturas tribales dependen desde hace miles de años. En los últimos veinticinco años, la política federal relativa a las tribus indias ha respaldado la autonomía tribal, y las tribus han cobrado cada vez más preeminencia en la administración de sus propios territorios. También han hecho saber cada vez más ampliamente que sus preocupaciones relativas al mundo natural se extienden a menudo mucho más allá de las fronteras de sus reservas.

Las tribus indias estadounidenses poseen un acervo de conocimientos sobre el mundo natural, fruto de la presencia de culturas tribales en América del Norte durante incontables generaciones y de la variedad de modos en que esas culturas se arraigan profundamente en el mundo natural. Antes de tener contacto con los europeos, las culturas tribales respondían a las necesidades materiales de la población mediante la agricultura, la caza, la pesca y la recolección. En numerosas culturas tribales modernas, la fauna y la flora siguen siendo esenciales para atender a las necesidades de subsistencia. En la mayoría de ellas, algunas personas saben aún cómo utilizar las plantas con fines curativos. En todas las culturas tribales modernas, las relaciones con el mundo natural siguen siendo un aspecto importante de la identidad indígena. La religión constituye el núcleo de la cultura tribal. Muchos lugares del mundo natural tienen un significado religioso y cultural para los pueblos tribales, algunos debido a aconteci-

---

4. Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo, Convenio sobre la Diversidad Biológica, Río de Janeiro, 5 de junio de 1992, reimpresso en 31 ILM 818, 1992.

mientos que tuvieron lugar allí, otros porque la población realiza allí ceremonias y prácticas religiosas, otros aún por razones que ningún forastero tiene derecho a conocer.

En las culturas tribales los lugares considerados sagrados tienden a estar localizados en sitios en que la trama de la vida aún no ha sido perturbada por las actividades humanas. En esos lugares la trama de la vida puede dar cuenta de centenares o miles de años de presencia de las culturas humanas, pero todavía no ha sido desgarrada por los tipos de actividades que las culturas industrializadas autorizan en nombre del “desarrollo”. Muchas de las formas de vida no humana que constituyen la trama de la vida en esos lugares –lo que se denomina ahora “diversidad biológica”– tienen importancia en las religiones y culturas tribales: las águilas, los lobos, el salmón, los cuervos, los coyotes, los búfalos, el cedro, la salvia y la alesta olorosa, por sólo mencionar algunos.

Habida cuenta de que las culturas tribales se arraigan en el mundo natural, proteger la tierra y sus comunidades biológicas pasa a ser un requisito esencial para la supervivencia cultural. Se ha escrito mucho acerca de la posibilidad de que las culturas tribales encarnen o no valores que pueden describirse como una ética ambiental o, para enfocar el problema desde una perspectiva histórica, acerca de si los valores y prácticas culturales de los pueblos tribales les han permitido o no satisfacer las necesidades y aspiraciones humanas sin causar daños irreparables a su medio ambiente.<sup>5</sup> Puede afirmarse que la mayoría de las culturas indígenas de América del Norte, y por consiguiente, las concepciones del mundo indias tradicionales, tienen diversos aspectos comunes:

Una percepción de la tierra como ser animado; la creencia de que los seres humanos están emparentados con los demás seres vivos; la noción de que la tierra es esencial para la identidad de la población; un concepto de reciprocidad y equilibrio que se extiende a las relaciones entre seres humanos, comprendidas las generaciones futuras, y entre los seres humanos y el mundo natural.<sup>6</sup>

---

5. Véase J. Baird Callicott, “American Indian land wisdom”, en Paul A. Olson (comp.), *The struggle for the land: indigenous insight and industrial empire in the semiarid world*, Lincoln, University of Nebraska Press, 1990 (se examinan diversas obras, principalmente de carácter académico, para determinar si las culturas tribales han practicado o no lo que podría llamarse la conservación del medio ambiente).

6. Rebecca Tsosie, “Tribal environmental policy in an era of self-determination: the role of ethics, economics, and traditional ecological knowledge”, 21 *Vermont Law Review*, 225, 276 (1996) (citando a Ronald Trosper, “Traditional American Indian economic policy”, 19 *Amer. Indian Culture and Res. J.*, 65, 67 (1995)). Véase además Dean B. Suagee, “Tribal voices in historic preservation: sacred landscapes, cross-cultural bridges, and common ground”, 21 *Vermont Law Review*, 145, 160-167 (1996) (en lo sucesivo Suagee, “Tribal voices”).

Una premisa básica de este artículo es que los objetivos del movimiento que propugna la preservación de la diversidad biológica se beneficiarán del reconocimiento de los derechos humanos de los pueblos indígenas, en particular de sus derechos culturales. La manera más eficaz de utilizar sus conocimientos ecológicos tradicionales consiste en reconocer los derechos de los pueblos indígenas a gobernar sus propios territorios. Los gobiernos nacionales y subnacionales del mundo deberían apoyar esos derechos expresando la misma clase de respeto por los pueblos indígenas que el que manifiestan en su interacción con otras entidades gubernamentales. Esta premisa se basa, en parte, en la experiencia histórica de los Estados Unidos, que ha demostrado que la autonomía tribal es un requisito esencial para la supervivencia de la cultura.

La otra premisa es que el reconocimiento del derecho de los pueblos indígenas a la autonomía en sus propios territorios no bastará, por sí sola, para garantizar su supervivencia como culturas distintas ni asegurar que las personas que participan en la preservación de la diversidad biológica tengan acceso a los conocimientos ecológicos tradicionales de esos pueblos. Esta segunda premisa también se funda en la experiencia estadounidense, donde la mayoría de los gobiernos tribales tienen actualmente bajo su jurisdicción sólo una pequeña parte de su territorio original.<sup>7</sup> Sin embargo, la mayoría de las tribus tienen importantes intereses económicos, culturales y religiosos en lugares situados fuera de los límites de sus reservas. La legislación federal prevé diversos mecanismos a través de los cuales los gobiernos tribales pueden influir en las decisiones que adoptan otros sectores del gobierno (federal, estatal, local) y que afectan a esos lugares situados fuera de las reservas. Este artículo presenta un panorama de las experiencias tribales relacionadas con dos de esos mecanismos: la *Endangered Species Act*<sup>8</sup> (ley sobre especies amenazadas) y la *National Historic Preservation Act*<sup>9</sup> (ley de preservación de la historia nacional). Si se parte del supuesto de que pueblos indígenas autónomos de otros países tropiezan con problemas análogos fuera de sus territorios, sería conveniente establecer algunos mecanismos que les permitan dar a conocer sus opiniones sobre las actividades que tienen lugar fuera de sus territorios autónomos, para que el resto del mundo pueda beneficiarse de sus conocimientos ecológicos tradicionales.

En la primera parte de este trabajo presentamos un breve análisis de los principios fundamentales de la legislación federal relativa a los indios en los Estados

---

7. Aunque existen muchos ejemplos de tribus que han adquirido tierras fuera de los límites de las reservas y ejercen ahora una jurisdicción gubernamental sobre ellas, sería totalmente irrealista suponer que las tribus de los Estados Unidos recuperarán alguna vez toda la extensión de sus territorios originales.

8. 16 U.S.C. párrafos 1531 - 44.

9. 16 U.S.C. párrafos 470 - 470x-6.

Unidos, así como una reseña histórica de las políticas federales relativas a las tribus indias y sus miembros. Los lectores de otros países pueden pensar que esta parte del artículo les está destinada exclusivamente. Como puede atestiguar cualquier jurista que trabaje en el ámbito de la legislación federal sobre los indios, empero, éste es un tema sobre el cual el estadounidense medio sabe muy poco. En el sistema de gobierno estadounidense, las tribus indias se encuentran en una situación de vulnerabilidad que se ve acentuada por la falta de conocimiento del público. Esta parte concluye planteando el interrogante de la utilidad del punto de vista de los derechos culturales en el contexto de las tribus indias en los Estados Unidos, tanto con respecto a la supervivencia de las tribus como culturas vivas diferenciadas como a las contribuciones que pueden aportar las culturas tribales a la preservación de la diversidad biológica.

En una segunda parte se examinan brevemente las iniciativas recientes para definir específicamente los derechos humanos de los pueblos indígenas, haciendo hincapié en los relacionados con su supervivencia como culturas distintas. También se exponen algunos comentarios críticos sobre la función de los Estados Unidos en la configuración de los principios en este nuevo ámbito de la legislación relativa a los derechos humanos.

La tercera parte de este artículo se refiere al artículo 8 j) del Convenio sobre la Diversidad Biológica, y su mandato de respetar y preservar los conocimientos tradicionales indígenas con arreglo a la legislación nacional, para analizar a continuación la legislación nacional estadounidense, centrándose en dos reglamentos federales que se pueden utilizar para lograr que los conocimientos tradicionales y los valores culturales de las tribus indias se tomen en cuenta para la preservación de la diversidad biológica; se trata de la ley sobre especies amenazadas y de la ley de preservación de la historia nacional.

Por último, la conclusión destaca que las condiciones en que se encuentran las tribus indias hoy en día en los Estados Unidos son, en muchos aspectos, similares a las que se pueden observar en muchas regiones del mundo en las que dos pueblos procuran cohabitar en la misma tierra. Si los Estados Unidos no pueden enunciar normas aceptables para los conflictos que existen en su propio territorio, tal vez pueda ponerse en tela de juicio su tendencia a preconizar soluciones para otros pueblos.

Con respecto al problema más específico de saber en qué medida los “derechos culturales” pueden mejorar la protección de las culturas tribales en los Estados Unidos, de este análisis se desprende claramente que la cuestión clave es el reconocimiento del derecho colectivo del grupo a seguir existiendo. En la medida en que se reconozcan como derechos colectivos las reivindicaciones de mantener “la identidad

cultural” o “preservar y desarrollar una cultura” –que, de hecho, sólo pueden ejercerse si son reconocidas de ese modo– los derechos culturales añadirán una dimensión esencial a la protección de los derechos humanos de los individuos de esos grupos.

## 2. LA AUTONOMÍA TRIBAL EN LOS ESTADOS UNIDOS

En los Estados Unidos de América, el gobierno federal mantiene actualmente relaciones con más de 500 gobiernos de tribus indígenas reconocidos en el plano federal, entre ellos más de 200 en Alaska.<sup>10</sup> Como las tribus presentan grandes diferencias entre ellas, hay que desconfiar de las generalizaciones. Existen reservas indias en 33 de los 50 estados. Unas 24 reservas tienen una superficie mayor que la del estado más pequeño (Rhode Island), en tanto que otras ocupan sólo algunos acres.<sup>11</sup> Muchas se encuentran en zonas rurales; algunas son adyacentes a zonas metropolitanas o están rodeadas por éstas. Con una excepción, las tribus de Alaska no tienen reservas, aunque sí prestan una amplia variedad de servicios públicos.

En este artículo se utilizan los términos “indio” y “tribu india” antes que otras opciones posibles, pues esos términos tienen significados comunes en la legislación federal. Asimismo, el término “país indio” (territorio indio) se emplea como en la legislación federal para designar todas las tierras situadas dentro de los límites de una reserva y todas las “comunidades indias dependientes”.<sup>12</sup>

Un complejo conjunto de leyes federales ha conferido un estatuto especial a las tribus indias dentro del sistema de gobierno federal estadounidense, estatuto que ha evolucionado a lo largo de más de dos siglos. Dicho conjunto incluye tratados, leyes promulgadas por el Congreso, decisiones de los tribunales y diversos tipos de políticas y decisiones adoptadas por el poder ejecutivo del gobierno federal.<sup>13</sup> Durante la mayor parte de la historia de este país, los principios fundamentales de la legislación federal

---

10. Ministerio del Interior, Oficina de Asuntos Indios, Entidades indias reconocidas y autorizadas a recibir servicios de la Oficina de Asuntos Indios de los Estados Unidos, 62 Fed. Reg. 55270 (23 de octubre de 1997).

11. V. E. Velarde Tiller (comp.) *U.S. Dept. of Commerce, American Indian reservations and trust areas*, Washington, D.C., U.S. Dept. of Commerce, 1996.

12. 18 U.S.C. párr. 1151.

13. Véase, en general, F. S. Cohen, *Handbook of federal indian law*, Charlottesville, VA, The Michie Company, ed. de 1982. Clinton y otros, *American Indian law: cases and materials*, Charlottesville, Virginia, The Michie Company, 3ª ed., 1991; D. H. Getches, *Federal Indian law: cases and materials*, St. Paul, Minnesota, West Publishing Co., 3ª ed., 1993.



relativa a los indios tuvieron una notable estabilidad, pero no ocurrió lo mismo con las políticas federales relacionadas con las tribus indias.

## PRINCIPIOS FUNDAMENTALES

Es posible distinguir cuatro doctrinas esenciales e interrelacionadas en los principios fundamentales de la legislación federal relativa a los indios: la soberanía tribal intrínseca, los derechos tribales reservados, la responsabilidad federal del fideicomiso y el poder plenario del Congreso.

La soberanía tribal intrínseca significa que la autoridad gubernamental de una tribu dimana de sí misma y que su existencia es anterior a la fundación de los Estados Unidos. Desde la época en que los soberanos de Europa concertaron tratados con las tribus, se ha reconocido que poseen su propia soberanía tribal intrínseca, plasmada en tres principios fundamentales:

1. Una tribu india posee, en primera instancia, todos los poderes de cualquier Estado soberano.
2. La conquista subordina a la tribu al poder legislativo de los Estados Unidos y, en lo esencial, pone término a los poderes externos de su soberanía, por ejemplo, su facultad de concertar tratados con naciones extranjeras, pero no afecta por sí misma a la soberanía interna de la tribu, esto es, su poder de gobernarse a sí misma en el plano local.
3. Este poder puede ser restringido por tratados o por una legislación expresa del Congreso pero, a menos que haya sido así expresamente modificado, se confieren a las tribus indias y a sus órganos de gobierno debidamente constituidos los plenos poderes de la soberanía interna.<sup>14</sup>

En los últimos dos decenios el Tribunal Supremo de los Estados Unidos ha modificado este tercer principio, sosteniendo que la facultad del Congreso de suprimir determinados aspectos de la soberanía tribal intrínseca no requiere obligatoriamente una legislación expresa sino que puede ejercerse por inferencia.<sup>15</sup> La doctrina de la soberanía tribal intrínseca sigue siendo, empero, una piedra angular de la legislación federal relativa a los indios.

14. F. S. Cohen, *Handbook on federal indian law*, Washington, D.C., U.S. Govt. Printing Office, 1941, pág. 123.

15. *Oliphant contra la Tribu india Suquamish*, 435 U.S. 191 (1978); véase, en general, N. Bruce Duthu, "Implicit divestiture of tribal powers: locating legitimate sources of authority in Indian country", 19 *American Indian Law Review* 1994, p. 353; David H. Getches, "Conquering the cultural frontier: the new subjectivism of the Supreme Court in Indian law", 84 *California Law Review*, 1996, págs. 1595-9.



La doctrina de los derechos tribales reservados se origina en tratados y transacciones en que las tribus cedieron sus derechos sobre amplias extensiones de tierra a cambio, en parte, de la promesa del gobierno federal de garantizar su derecho a gobernarse a sí mismas en las tierras que se habían reservado. La tierra que una tribu no había cedido pasó a denominarse su “reserva”; se suponía que en ella una tribu conservaba todos los derechos a los que no había renunciado específicamente. En virtud de algunos tratados, las tribus también conservaron ciertos derechos fuera de las fronteras de sus reservas, como el derecho de pescar. El término “derechos reservados” también se utiliza en relación con los derechos concedidos por el gobierno federal a las tribus, en especial el derecho de utilización del agua que de otro modo podría haber sido asignado a la población no india en virtud de leyes de los estados constituyentes de la Federación. Después de 1871, cuando el Congreso puso término a la práctica de concertar tratados con las tribus indias, muchas reservas fueron establecidas por decretos presidenciales.

La doctrina de la responsabilidad del fideicomiso se origina en la cesión de tierras por las tribus a los Estados Unidos y en la promesa de proteger el derecho de las tribus a gobernarse a sí mismas en las tierras que se habían reservado.<sup>16</sup> La responsabilidad del fideicomiso también puede tener su origen en la teoría del descubrimiento, en virtud de la cual el soberano europeo que afirmaba haber descubierto una determinada región del Nuevo Mundo adquiría sobre ella un título jurídico que excluía a todos los demás soberanos pero no conllevaba el derecho a poseer la tierra, puesto que ese derecho de posesión seguía perteneciendo a los indios.<sup>17</sup> Lo que adquiría el soberano era el derecho exclusivo a persuadir a los indios de ceder su derecho de posesión. De allí en adelante, todos los títulos de propiedad de la tierra tenían que remontarse hasta el soberano en cuestión. En 1790, el primer Congreso estadounidense promulgó una ley que exigía obtener su autorización para toda transacción en virtud de la cual se adquirieran intereses en tierras indias.<sup>18</sup>

En virtud de la doctrina del fideicomiso, el gobierno federal posee derechos legales sobre la mayoría de las tierras indias a reserva de las obligaciones fiduciarias. Estas responsabilidades del fideicomiso ante las tribus no se limitan a la gestión de la

---

16. Véase, en general, Mary Christina Wood, “Indian land and the promise of native sovereignty; the trust doctrine revisited”, *Utah Law Review*, 1994, 1471 (en lo sucesivo “Wood Trust I”).

17. *Johnson contra McIntosh*, 21 U.S., 543 (1823).

18. Véase F. S. Cohen, nota 13 *supra*, págs. 7-9. Esta ley, generalmente conocida como *Indian Nonintercourse Act*, promulgada inicialmente en 1790 y que desde entonces forma parte de la legislación federal, está actualmente codificada en 25 U.S.C. párr. 177.

tierra. La protección de la extensión territorial es y siempre ha sido esencial para el ejercicio del derecho tribal de mantener una existencia separada como comunidad autónoma. El Congreso reconoció explícitamente que los Estados Unidos tenían ante cada gobierno tribal una responsabilidad de fideicomiso, que incluía la protección de su soberanía.<sup>19</sup> Se definieron cuatro “atributos de la soberanía” que justifican una protección en virtud de la doctrina del fideicomiso, pues son necesarios para el separatismo indígena: “i) un territorio estable y separado; ii) una economía tribal viable; iii) la autonomía y iv) la vitalidad cultural”.<sup>20</sup>

El poder plenario del Congreso es un arma de doble filo. La Constitución confiere al gobierno federal autoridad respecto de las relaciones con las tribus indias, autoridad que es exclusiva, esto es, no compartida con los estados constituyentes.<sup>21</sup> El Congreso ha recurrido a menudo a este poder plenario para despojar a las tribus indias de derechos y facultades, y el Tribunal Supremo nunca ha invalidado estas actuaciones del Congreso.<sup>22</sup> Por otra parte, el poder plenario del Congreso se ha utilizado para impedir a los gobiernos de los estados interferir con la autonomía tribal. En el sistema federal estadounidense la mayoría de los conflictos sobre los cuales el gobierno tiene autoridad en país indio son conflictos entre las tribus y los estados. El Tribunal Supremo ha utilizado la doctrina del poder plenario para configurar un principio según el cual el derecho tribal aplicado en un marco legislativo federal puede excluir el ejercicio de la autoridad de los estados.<sup>23</sup>

## FLUCTUACIONES DE LA POLÍTICA FEDERAL

Si bien los principios fundamentales de la legislación federal relativa a los indios han sido siempre bastante constantes, la política federal ha fluctuado entre el apoyo al derecho tribal de seguir existiendo en calidad de comunidades autónomas culturalmente distintas y el intento de destruir las culturas tribales y obligar a los indios a asimilarse a la sociedad mayoritaria. La historia del derecho federal relativo a los indios tiene cinco fases distintas: los años de formación, desde la fundación de los Estados Unidos hasta aproximadamente 1871; el periodo de la adjudicación, desde entonces

19. *Indian Tribal Justice Act* (ley de justicia de las tribus indias) de 1993, Pub. L n.º 103-176, párr. 2 (codificada en 25 U.S.C. párr. 3601).

20. Mary Christina Wood, “Protecting the attributes of native sovereignty: a new trust paradigm for federal actions affecting tribal lands and resources”, 1995 *Utah L. Rev.* 109, 113 (1995) (en lo sucesivo “Wood Trust II”).

21. Véase F. S. Cohen, nota 13 *supra*, págs. 207-212.

22. Véase Getches, nota 15 *supra*, pág. 1585, N.º 45.

23. Véase Getches, nota 15 *supra*, págs. 1626-1630.

hasta aproximadamente 1928; la fase de la reorganización de los asuntos indios, hasta aproximadamente 1942; el período en que se puso término a su reconocimiento, hasta aproximadamente 1961, y la fase de la libre determinación, a la que corresponde la política federal actual.<sup>24</sup> Durante los años de formación, el establecimiento de reservas fue el mecanismo básico para mantener una separación entre las culturas tribales y la población estadounidense en expansión. La mayoría de las tribus lograron conservar una pequeña parte de sus territorios originales, pero muchas otras fueron obligadas a desplazarse a reservas alejadas de sus tierras natales. En ambos casos, la política fundamental propició un “separatismo moderado”<sup>25</sup> para las tribus.

En la época de la adjudicación, el gobierno federal intentó obligar a los indios a abandonar sus culturas tribales y asimilarse al conjunto de la sociedad; para ello dividió las tierras tribales, que eran de propiedad colectiva, en lotes que se asignaron a los distintos miembros de la tribu; el resto se ponía entonces a disposición de personas no indias.<sup>26</sup> Entre las consecuencias de la adjudicación figura la pérdida de posesión de unas dos terceras partes de la base territorial de la comunidad india<sup>27</sup> y, al mismo tiempo, la presencia de un número importante de no indios dentro de los límites de numerosas reservas indias.

Con la promulgación de la *Indian Reorganization Law* (ley de reorganización de los asuntos indios) de 1934,<sup>28</sup> el Congreso abandonó la política de adjudicación y volvió a la política consistente en respaldar un separatismo moderado.<sup>29</sup> En esta ley se alentaba a las tribus a adoptar constituciones, pero la constitución normalizada propu-

---

24. De manera general, véase F. S. Cohen, nota 13 *supra*, págs. 47-206. Cabe señalar que aunque las fechas mencionadas estén vinculadas a hechos significativos, la transición de una época a la otra duró generalmente varios años.

25. C. F. Wilkinson, *Indians, time and the law*, New Haven, Connecticut, y Londres, Reino Unido, Yale University Press, 1987, págs. 14-19.

26. Véase F. S. Cohen, nota 13 *supra*, págs. 129-138; véase, en general, Judith V. Royster, “The legacy of allotment”, *Arizona State Law Journal* 1, 1995; véase también Suagee “Tribal voices”, nota 6 *supra*, págs. 153-157 (donde se argumenta que la política de adjudicación podría calificarse abiertamente de “genocidio cultural”). Además de la distribución de las tierras, esa época se caracterizó por varios otros programas destinados a obligar a los indios a integrarse, hasta el punto de separar a niños indios de sus familias para educarlos en internados remotos.

27. Los territorios indios pasaron de 138 millones de acres en 1887 a 48 millones de acres en la época de la promulgación de la ley de reorganización de los asuntos indios de 1934. Véase, en general, F. S. Cohen, nota 13 *supra*, pág. 138.

28. Ch. 576, 48 Stat. 984 (codificada con sus modificaciones en 25 U.S.C. párrs. 461, 462, 463, 464, 465, 466-470, 471-473, 474, 475, 476-478, 479).

29. Véase, en general, F. S. Cohen, nota 13 *supra*, págs. 147-152.

gnada por la Oficina de Asuntos Indios no tomaba en cuenta las costumbres tribales y confería a dicha Oficina un gran poder discrecional. En 1940, más de las dos terceras partes de las tribus habían elegido organizarse de conformidad con esta ley, aunque en algunos casos tras haber sufrido fuertes presiones de la Oficina.<sup>30</sup> Desde entonces, muchas tribus han modificado sus constituciones dimanadas de esta ley, por ejemplo, creando sistemas judiciales independientes, proclamando que los derechos constitucionales de los individuos están sometidos al derecho tribal y suprimiendo las disposiciones que conferían a la Oficina de Asuntos Indios poderes injustificados. Algunas tribus se gobiernan a sí mismas en virtud de otros tipos de documentos constitutivos, mientras otras ejercen su autonomía de conformidad con el derecho consuetudinario, sin tener una constitución escrita.

En 1953, el Congreso aprobó oficialmente una política encaminada a poner término a la función del gobierno federal en los asuntos indios y a obligar a los indios a asimilarse al conjunto de la sociedad.<sup>31</sup> Durante ese período, el Congreso puso unilateralmente término al estatuto federal reconocido de más de cien tribus, comprendidas varias de las que se encontraban en reservas relativamente grandes y muchas de las más pequeñas.<sup>32</sup> Un gran número de esas tribus han logrado desde entonces volver a obtener el reconocimiento federal, las más de las veces mediante leyes del Congreso promulgadas tras prolongadas campañas y por lo general con un territorio considerablemente reducido. En esa misma época, el Congreso también promulgó leyes que autorizaban a los gobiernos de los estados a ejercer ciertas formas de jurisdicción sobre las reservas indias. Se llevaron a cabo diversos programas sociales con miras a lograr la asimilación de los indios, en particular mediante una política de desplazamiento, cuyo fin era colocar a los indios en puestos de trabajo permanentes en centros urbanos lejos de sus reservas y comunidades tribales.

## EL PERÍODO DE LA LIBRE DETERMINACIÓN

A finales de los años 1950, las consecuencias negativas de la supresión del estatuto federal se hicieron evidentes, y el Congreso abandonó gradualmente la política de asimilación forzosa y volvió a apoyar un separatismo moderado.<sup>33</sup> En los años sesenta, la población india empezó a reclamar con más firmeza un mayor control sobre sus comunidades, junto con el reconocimiento de su derecho a seguir siendo culturalmente dis-

---

30. En 1940, 189 tribus habían votado aceptar la ley de reorganización de los asuntos indios, y 77 la habían rechazado.

31. Véase F. S. Cohen, nota 13 *supra*, págs. 152-180.

32. Véase F. S. Cohen, nota 13 *supra*, págs. 173-174.

33. Véase F. S. Cohen, nota 13 *supra*, págs. 180-188.

tinta. En el decenio de 1970, el Congreso promulgó varias leyes que constituyeron un marco para que las autoridades tribales se convirtieran en gobiernos modernos y eficaces, entre ellas la Indian Self-Determination and Education Act (Self-Determination Act) de 1975,<sup>34</sup> ley de libre determinación según la cual las tribus indias tenían derecho a hacerse cargo de la dirección de programas que de otro modo habría administrado en su beneficio la Oficina de Asuntos Indios o el Servicio de Asuntos Sanitarios Indios.<sup>35</sup> Actualmente, en numerosas reservas el gobierno tribal asume muchas responsabilidades y hay muy pocos empleados de los organismos mencionados.

Durante los primeros veinticinco años de la fase de la libre determinación, el Tribunal Supremo se pronunció sobre varios casos en los que se defendió la autoridad de los gobiernos tribales en país indio y se limitó la autoridad de los estados. Estas decisiones, que reafirmaban los principios fundamentales, dieron a las tribus la seguridad que muchas necesitaban para hacerse cargo de su propio destino; aprovecharon sus facultades de libre determinación para mejorar sus condiciones sociales y económicas, administrando el aprovechamiento de los recursos naturales, vendiendo licencias de caza y pesca, estableciendo impuestos sobre las actividades económicas, promoviendo el turismo y explotando cotos de caza.<sup>36</sup>

Al consolidar sus poderes gubernamentales, las tribus tropezaron con la resistencia de los gobiernos estatales y locales y de los no indios que se oponían a la mera idea de que los gobiernos tribales tuvieran autoridad sobre ellos. Esa resistencia demuestra que en los Estados Unidos mucha gente sencillamente no comprende, o no quiere comprender, la posición que ocupan los gobiernos tribales en el sistema federal. En muchos de los casos planteados en los últimos dos decenios, el Tribunal Supremo hizo caso omiso de los principios fundamentales y, en cambio, pronunció sentencias basadas en su concepción subjetiva de lo que debía ser el derecho, manifestando una gran deferencia por los intereses de las personas no indias.

#### ¿ES PERTINENTE UN ANÁLISIS DESDE EL PUNTO DE VISTA DE LOS DERECHOS HUMANOS?

Al iniciarse siglo XXI, las tribus indias están resueltas a sobrevivir como comunidades autónomas distintas, pero siguen siendo vulnerables. El federalismo estadounidense no entraña la perdurabilidad de los gobiernos tribales como parte de su estructura.

34. Pub. L. n.º 93-638 (codificada con sus modificaciones en 25 U.S.C. párrs. 450-450n, 458-458hh).

35. *Tribal Self-Governance Act* (ley de autonomía tribal) de 1994, Pub. L. n.º 103-413 (en la que se enmiendan los párrs. 450-450n, 458-458hh del 25 U.S.C.).

36. Getches, nota 15 *supra*, pág. 1592.

Habida cuenta de la incomprensión generalizada del público respecto de la condición de las tribus indias, los dirigentes tribales tienen pocas razones para creer que la población se movilizaría en apoyo de la causa india en caso de que el Congreso cambiara nuevamente de rumbo. ¿Podrían los derechos culturales contribuir a conferir protección contra una posible inversión de la política federal? ¿O a tratar los problemas actuales relacionados con la condición y los derechos de las tribus?

### 3. TENTATIVAS ACTUALES PARA DEFINIR LOS DERECHOS HUMANOS DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS

#### EL PROYECTO DE DECLARACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS

La elaboración de normas de derecho internacional para proteger los derechos humanos de los individuos y grupos indígenas lleva más de un cuarto de siglo. El resultado de esta labor fue el Proyecto de Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas. En 1995, la Comisión de Derechos Humanos estableció su propio grupo de trabajo (Grupo de Trabajo de la Comisión de Derechos Humanos) y definió procedimientos por los cuales las organizaciones y los representantes indígenas podían solicitar participar en esas reuniones.<sup>37</sup> El Grupo de Trabajo de la Comisión de Derechos Humanos se reúne una vez por año en Ginebra.

En 1994, al presentar el Proyecto de Declaración de las Naciones Unidas a la Subcomisión de Prevención de Discriminaciones y Protección a las Minorías, la relatora, E. I. Daes, indicó que dicho Proyecto comprendía tres elementos esenciales “que lo diferenciaban de todos los demás instrumentos de derechos humanos”,<sup>38</sup> esto es: “la persona jurídica, la seguridad territorial y la responsabilidad internacional”: los pueblos indígenas deben ser reconocidos como “pueblos”, cada uno de los cuales posee un carácter jurídico colectivo; cada pueblo indígena necesita seguridad dentro de su propio territorio a fin de preservar su identidad distintiva y, si bien los pueblos indígenas generalmente no aspiran a la independencia, procuran vivir como comunidades distintas que nunca se integrarán completamente en los Estados del mundo por

37. El proceso de la participación de los pueblos y organizaciones indígenas sin relaciones de consulta con el Consejo Económico y Social se estableció mediante la resolución 1995/32 de la Comisión de Derechos Humanos del 3 de marzo de 1995.

38. Erica Irene Daes, “Equality of indigenous peoples under the auspices of the United Nations” (Proyecto de Declaración sobre los Derechos de los Pueblo Indígenas), 7 *St. Thomas Law Rev.* 493, 496 (1995).

lo que, para proteger la integridad de sus relaciones con los Estados, necesitan tener acceso a los foros jurídicos internacionales.<sup>39</sup>

Al tiempo que reconoció que el texto de Proyecto de Declaración de las Naciones Unidas podía sin duda alguna mejorarse, Daes recomendó que se aprobara cuanto antes, sin cambios sustantivos, declarando:

En numerosos lugares del mundo los pueblos indígenas siguen siendo víctimas de una destrucción física, ecológica y cultural. Es imprescindible, a mi juicio, que el conjunto del sistema de las Naciones Unidas empiece a actuar con firmeza y oficialmente en defensa de esos pueblos mientras todavía tienen una esperanza de sobrevivir. El Proyecto de Declaración constituiría el mandato de un programa concertado de las Naciones Unidas para la defensa de los pueblos indígenas. No veo qué perfeccionamientos del texto o qué otros pretextos abstractos e infundados podrían justificar que se demore aún más ese mandato.<sup>40</sup>

Pese a esta advertencia, muchos de los Estados que enviaron delegados al Grupo de Trabajo de la Comisión de Derechos Humanos demostraron que se proponen introducir modificaciones en la formulación de la Declaración, algunas de ellas de carácter fundamental.

## DERECHOS COLECTIVOS Y LIBRE DETERMINACIÓN

El Proyecto de Declaración aborda el tema de los derechos individuales y de los derechos colectivos de los pueblos indígenas. En numerosos artículos del Proyecto se habla explícitamente de derechos colectivos, y en otros artículos se utiliza el término “pueblos” de un modo que denota la naturaleza colectiva de un derecho. Gran parte de la oposición de los Estados Unidos de América se concentra en el concepto de derechos colectivos. Este país se ha unido a muchos otros para expresar su oposición a los derechos de los pueblos indígenas a la libre determinación. En el artículo 3 del Proyecto se proclama: “Los pueblos indígenas tienen derecho a la libre determinación. En virtud de ese derecho determinan libremente su condición política y persiguen libremente su desarrollo económico, social y cultural.”

### La oposición de los Estados Unidos de América

En 1995, los Estados Unidos declararon: “Los instrumentos internacionales se refieren generalmente a derechos individuales y no a derechos colectivos”.<sup>41</sup> Aunque

39. *Ibidem*, págs. 496-498.

40. *Ibidem*.

41. Departamento de Estado de los Estados Unidos “United States preliminary statements: draft United Nations Declaration on the Rights of Indigenous Peoples” (1.º de noviembre



esta afirmación suele ser cierta, hace caso omiso del derecho de todos los pueblos a la libre determinación, un derecho colectivo consagrado en numerosos documentos internacionales.<sup>42</sup> Este es el derecho colectivo que muchas de las delegaciones de gobiernos nacionales procuran ahora denegar a los pueblos indígenas. Una manera de revisar el Proyecto de Declaración de las Naciones Unidas de modo que no se reconozca ese derecho es suprimir la letra “s” de la expresión “pueblos indígenas”. Numerosos Estados expresaron su apoyo a esa modificación.

Anticipándose a la oposición de los Estados, la relatora E. I. Daes se refirió a este punto al presentar el Proyecto de Declaración a la Subcomisión. Afirmó que:

La distinción histórica entre los pueblos indígenas y otros pueblos es, al igual que el racismo, el colonialismo y el totalitarismo, un pretexto más para justificar la inhumanidad y la codicia que nuestra época ha procurado eliminar para siempre. Una solución de transacción sobre este tema sería tan retrógrada hoy en día como una solución de transacción acerca de la libertad de expresión y el derecho a la libertad de opinión hace un decenio.<sup>43</sup>

Al procurar legitimar la denegación de los derechos colectivos a los pueblos indígenas, los Estados Unidos declararon:

El hecho de dejar claro que los derechos garantizados son los de los individuos impide a los gobiernos o grupos infringirlos o interferir con ellos en nombre del bien superior de un grupo o Estado.

Desde luego, los individuos pueden ejercer, y de hecho ejercen a menudo, sus derechos en común con otros. Los Estados Unidos reconocen que en determi-

---

de 1995) (en lo sucesivo U.S. Preliminary Statements). Para obtener un ejemplar de este documento o de cualquier otro documento público elaborado por el Departamento de Estado que se menciona en este artículo, dirigirse a: Bureau of Democracy, Human Rights and Labor, Room 7802, Department of State, Washington, D.C. 20520.

42. Véase, por ejemplo, la Carta de las Naciones Unidas, artículos 1, 55, 56 y 73 (en que se reconoce el derecho de los “pueblos” a la libre determinación); Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, 16 de diciembre de 1966, 999 U.N.T.S. 171, artículo 1 (1) (en que se afirma que “todos los pueblos tienen el derecho de libre determinación”); Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, 16 de diciembre 1966, 993 U.N.T.S. 3, artículo 1 (1) (igual que el anterior); Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos (Carta de Banjul), 27 de junio de 1981, 21 I.L.M. 59 (1981), art. 20 . 91 (“Todos los pueblos tendrán derecho a la existencia. Tendrán el derecho incuestionable e inalienable a la libre determinación. Determinarán libremente su condición política y perseguirán su desarrollo económico y social de conformidad con la política que hayan elegido libremente”).

43. Véase Daes, nota 38 *supra*. El texto citado proviene de las páginas 7 y 8 de la declaración a la Subcomisión, en un fragmento de ese discurso que no figura entre los extractos publicados en la *St. Thomas Law Review*.



nados casos puede ser totalmente apropiado o necesario referirse a las comunidades o a los grupos indígenas, a fin de fortalecer sus derechos civiles y políticos individuales sobre la base de una igualdad y una no discriminación plenas. Pero caracterizar a un derecho como perteneciente a una comunidad, o colectivo, antes que como un derecho individual, se puede interpretar, como suele ocurrir, en el sentido de que limita el ejercicio de ese derecho (puesto que solamente el grupo puede invocarlo), y abre así la puerta a la denegación del derecho del individuo.

Este planteamiento es coherente con la opinión general de los Estados Unidos, basada en su experiencia nacional, de que los derechos de todos están mejor garantizados cuando los derechos de cada uno están eficazmente protegidos.<sup>44</sup>

Esta “opinión general de los Estados Unidos” no condice con la “experiencia nacional” de más de dos siglos de ese país en sus relaciones con las tribus y las naciones indias. Desde los primeros días de la Unión, el derecho federal reconoció los derechos colectivos de las tribus indias a seguir existiendo como comunidades distintas y autónomas.<sup>45</sup> Si algo nos enseña la historia de la política federal relativa a los indios, es que los pueblos indios insisten en seguir siendo indios y que su derecho soberano a la autonomía en un territorio reconocido es esencial para su supervivencia como culturas distintas.

Los Estados Unidos tienen una antigua tradición de reconocimiento y defensa de los derechos individuales de los ciudadanos, pero también una antigua tradición de reconocimiento del derecho colectivo de las tribus indias a existir; este derecho es esencialmente colectivo. Si la propia tribu deja de existir, los derechos que los individuos puedan haber tenido como miembros del grupo ya no tienen mucho sentido. Los Estados Unidos deberían asumir un papel preeminente en apoyo de los derechos de los pueblos indígenas.

En 1996, los Estados Unidos adoptaron la posición de que el término “libre determinación” tiene tal connotación política que podría resultar contraproducente, en la medida en que los Estados del mundo pueden no apoyar la Declaración si no se suprime o restringe. En 1997, los Estados Unidos propusieron una formulación específica para restringir la utilización del término “pueblos” en el conjunto de la Declaración,<sup>46</sup> eliminándolo en algunos casos y restringiendo su alcance en otros mediante el

44. U.S. Preliminary Statements, nota 41 *supra*.

45. Véase, por ejemplo, la *Nación Cherokee contra Georgia* 30 U.S. (Pet.) 1, 17 (1831), donde se alude a las tribus indias como “naciones pertenecientes al país”.

46. En la reunión de “consulta” del Departamento de Estado con representantes de las tribus en Washington, D.C., el 20 de octubre de 1997, se distribuyó a los participantes un conjunto de enmiendas a los artículos 1, 2, 12, 13, 14, 24, 29, 42, 43, 44 y 45.

añadido de un asterisco en el texto del artículo, con lo cual se integraría a la Declaración la frase siguiente: “La utilización del término ‘pueblos’ en la Declaración no tiene ningún corolario relativo al derecho a la libre determinación o a cualquier otro derecho que pueda estar vinculado a ese término en virtud del derecho internacional.”

En otras palabras, los Estados Unidos consideraron que es aceptable utilizar la “s” en la palabra “pueblos” si se puede convenir en que no significa nada. O, más exactamente, si se está de acuerdo en reconocer que los pueblos indígenas no tienen derecho a la libre determinación.

#### Otra opción para resolver el problema de la libre determinación

Si bien la libre determinación es un principio ampliamente reconocido en documentos como la Carta de las Naciones Unidas y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, no hay consenso en cuanto a su significado o a los grupos que tienen derecho a ejercerlo, esto es, qué grupos constituyen “pueblos”. La libre determinación es “un sistema de preceptos relativos a los derechos humanos que atañen a los pueblos en sentido lato, comprendidos los pueblos indígenas, y se fundan en la idea de que todos tienen derecho por igual a decidir sobre su destino”.<sup>47</sup>

Numerosos gobiernos nacionales se han negado a reconocer una norma de derechos humanos que estipule explícitamente que los pueblos indígenas tienen derecho a la libre determinación, en especial si se entiende que ésta incluye el derecho a acceder a la independencia. Pero el derecho a la libre determinación no necesariamente incluye ese derecho:<sup>48</sup> la libre determinación tiene aspectos a un tiempo sustantivos y correctivos, y los aspectos sustantivos se pueden desglosar en dos componentes.

En primer lugar, por lo que se refiere a lo que podríamos denominar el aspecto constitutivo, la libre determinación requiere que el orden institucional gobernante sea fundamentalmente el fruto de procesos guiados por la voluntad del pueblo, o de los pueblos, gobernados. En segundo lugar, en relación con lo que podríamos denominar su funcionamiento, la libre determinación requiere que el orden institucional gobernante, independientemente de los procesos que conducen a su creación o modificación, permita que la población viva y se desarrolle libremente de manera permanente.<sup>49</sup>

Cuando un pueblo ha sido despojado de los aspectos sustantivos de la libre determinación, hay que poner remedio a la situación. En el contexto de la descolonización, el recurso proporcionado por la comunidad internacional incluyó el derecho a adquirir

47. Véase Anaya, nota 2 *supra*.

48. *Ibidem*, págs. 84-85.

49. *Ibidem*, pág. 81.

la independencia, pero ésta puede no ser la solución más apropiada para los pueblos indígenas. Un pueblo indígena podría elegir entre diversas opciones que no sean la independencia y, si los dispositivos previstos funcionan, se podría considerar que la libre determinación es válida. Es posible que en ciertos casos la independencia sea una solución adecuada, pero éste no es un derecho generalmente accesible.<sup>50</sup> Sería más provechoso para los Estados del mundo centrarse en los aspectos sustantivos de la libre determinación para los pueblos indígenas en lugar de poner término al debate planteando su temor a la secesión. Si los pueblos indígenas insisten en la libre determinación es por la supervivencia de su cultura.

### Menoscabo de los derechos individuales

En su campaña contra el Proyecto de Declaración de las Naciones Unidas, los Estados Unidos argumentaron que el reconocimiento de los derechos de una entidad colectiva conduce a un menoscabo de los derechos de cada miembro de esa entidad.<sup>51</sup>

¿Es realmente necesario ese ataque preventivo contra posibles usos indebidos de los derechos colectivos? En el artículo 33 del Proyecto de Declaración se estipula que, al ejercer su derecho a “promover, desarrollar y mantener sus estructuras institucionales y sus costumbres, tradiciones, procedimientos y prácticas jurídicos característicos”, los pueblos indígenas deben hacerlo “de conformidad con las normas de derechos humanos internacionalmente reconocidas”.<sup>52</sup> Si otros puntos concretos del Proyecto de Declaración generan preocupación con respecto a una posible aplicación indebida, los Estados podrían proponer una formulación restrictiva apropiada en lugar de multiplicar los ataques contra el concepto de derechos humanos colectivos.

### LA INTEGRIDAD CULTURAL, NORMA DE LOS DERECHOS HUMANOS

Cada grupo étnico o cultural tiene derecho a existir. Esta es la conclusión necesaria de varios instrumentos de derechos humanos, especialmente la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio.<sup>53</sup> El profesor Anaya ha aludido a este principio fundamental como la norma de “la integridad cultural”.<sup>54</sup> Esta norma también aparece en el artículo 27 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y

50. *Ibidem*, págs. 84-85.

51. Preliminary Statements, nota 41 *supra*.

52. Véase el apéndice A.

53. Recopilación de los tratados de las Naciones Unidas (UNTS).

54. Véase Anaya, nota 2 *supra*, págs. 98-104.

Políticos<sup>55</sup> y en la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas Pertenecientes a Minorías Nacionales o Étnicas, Religiosas o Lingüísticas.<sup>56</sup> Esta norma de derechos humanos sólo tiene sentido como derecho colectivo. Un individuo no puede formar parte de un grupo si el grupo ha dejado de existir. El Proyecto de Declaración de las Naciones Unidas recoge este principio en varios de sus artículos.

#### El patrimonio cultural en el Proyecto de Declaración de las Naciones Unidas

Varios artículos del Proyecto de Declaración de las Naciones Unidas se refieren a diversos aspectos del patrimonio cultural, en especial los artículos 12, 13 y 14. Estos artículos denotan una comprensión y apreciación de las diversas maneras en que las culturas de los pueblos indígenas en general, y de las tribus indias en particular, están relacionadas con el mundo natural. Los conocimientos, las prácticas y los valores culturales tribales existen en este contexto. Tiene poco sentido hablar del derecho a preservar esos aspectos de la cultura si no es en el contexto de una relación con el mundo natural.

#### Análisis crítico de las revisiones propuestas por los Estados Unidos

En el período de sesiones que el Grupo de Trabajo de la Comisión de Derechos Humanos celebró en 1997, los Estados Unidos propusieron modificar sustancialmente estos y otros artículos relativos al patrimonio cultural, a fin de que los derechos proclamados sean de carácter individual antes que colectivo. En el artículo 12, la frase “los pueblos indígenas tienen derecho a practicar y revitalizar sus tradiciones y costumbres culturales” se reemplazaría por una declaración encaminada a no denegar a los individuos indígenas el derecho a “disfrutar de su propia cultura”. En el artículo 13, el derecho colectivo de los pueblos indígenas a “practicar, desarrollar y enseñar sus tradiciones, costumbres y ceremonias espirituales y religiosas” se sustituiría por el derecho individual a “la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión”, comprendido el derecho a “adoptar la religión o las creencias de su elección”. Los Estados Unidos afirman que estas modificaciones se fundan en los artículos 27 y 18

55. Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, 16 de diciembre de 1966.

56. Declaración sobre los Derechos de las Personas Pertenecientes a Minorías Nacionales o Étnicas, Religiosas o Lingüísticas, res. 47/135 de la Asamblea General, 18 de diciembre de 1992 [en lo sucesivo Declaración sobre los Derechos de las Minorías], reimpresso en *Derechos humanos: recopilación de instrumentos internacionales*, Naciones Unidas ST/HR/1/rev. 4 (vol. 1, punto 1) (en lo sucesivo *Recopilación de instrumentos*), pág. 40.

del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. En el contexto del artículo 13 del Proyecto de Declaración, los Estados Unidos sostienen que las modificaciones que proponen “tienen por objeto armonizar el Proyecto de Declaración con el derecho internacional existente”.<sup>57</sup> En su comentario sobre el artículo 14, los Estados Unidos afirman: “El objetivo fundamental de preservar la historia, la lengua y la tradición indígenas se puede alcanzar mejor protegiendo el derecho de los individuos a adoptar las medidas necesarias por sí mismos y en comunidad con otros (como tribus, asociaciones, grupos, etc.).”<sup>58</sup>

El acento puesto por los Estados Unidos en los derechos del individuo no es pertinente. Los artículos 12, 13 y 14 son necesarios porque las culturas indígenas están amenazadas –su existencia misma corre peligro. Preservar las religiones tribales tradicionales supone algo más que la libertad de elegir, más que el derecho a “disfrutar de la cultura propia”. Como reconoció el Congreso estadounidense en la ley de 1978 sobre la libertad religiosa de los indios, “las prácticas religiosas de los indios norteamericanos (así como de los indígenas de Alaska y Hawaii) son parte integrante de su cultura, tradición y patrimonio, y esas prácticas sientan las bases de su identidad y su sistema de valores”.<sup>59</sup> La cultura y la religión se deben transmitir entre generaciones para poder sobrevivir, y ello significa que algunas personas de cada generación tienen la obligación de cumplir determinadas funciones. La supervivencia de las religiones indígenas requiere algo más que la libertad del individuo de elegir sus creencias; también exige que algunos individuos asuman responsabilidades para con sus culturas y sus pueblos. Si nadie acepta la responsabilidad de transmitir la cultura y la religión, otros no tendrán la libertad de elegir la religión tribal pues ésta habrá dejado de existir.

El comentario de los Estados Unidos sobre el artículo 13 contiene la siguiente declaración: “Los derechos debatidos están plenamente protegidos como derechos individuales que se pueden ejercer en comunidad con otros.” Los derechos en cuestión, a los que alude el texto que los Estados Unidos proponen, incluyen el derecho a “mantener y proteger sus sitios religiosos y culturales y tener acceso a ellos privadamente”. Sería más exacto reconocer que, en virtud del derecho constitucional de los Estados Unidos, la libertad de religión amparada por la Primera Enmienda no impide que el gobierno federal lleve a cabo en tierras federales actividades que “destruirían

---

57. *Ibidem.*

58. *Ibidem.*

59. Pub. L. n.º 95-341 (codificada en parte en 42 U.S.C. párr. 1996). El texto citado figura en uno de los “considerandos”, que no está codificado.

prácticamente” una religión tribal.<sup>60</sup> ¿Cómo se puede afirmar que ésta es una protección cabal?

El comentario sobre el artículo 29 atañe a la propiedad intelectual. En relación con los cambios que proponen en este artículo los Estados Unidos han declarado lo siguiente:

Numerosos Estados cuentan con leyes muy elaboradas sobre la propiedad intelectual que aportan una protección significativa a los intereses de la propiedad indígena. Los Estados Unidos convienen en que los Estados deben conceder a los individuos indígenas los mismos derechos que a otros ciudadanos a utilizar estos sistemas nacionales para proteger sus propios bienes intelectuales y culturales. Los Estados, empero, deben conservar la autoridad para determinar si es necesario –y en qué circunstancias– otorgar una protección adicional a los indígenas en la materia.

Esta postura pasa sencillamente por alto numerosas e importantes publicaciones que demuestran que los regímenes jurídicos vigentes de protección de la propiedad intelectual no son muy apropiados para el tipo de intereses respecto de los cuales los pueblos indígenas buscan protección. Entre estas publicaciones se encuentran numerosos estudios preparados bajo los auspicios de la Subcomisión de Prevención de Discriminaciones y Protección a las Minorías.<sup>61</sup> Una razón fundamental de la inadecuación de los regímenes jurídicos en vigor es que los conocimientos para los que los pueblos indígenas buscan protección son conocimientos de la comunidad que se han venido transmitiendo de generación en generación. La legislación sobre pro-

---

60 *Lyng contra Northwest Indian Cemetery Protective Association*, 485 U.S. 439, 472 (1988) (J. Brennan, que disiente, señaló que la premisa de que la acción gubernamental “destruiría prácticamente” la religión tribal fue aceptada por la opinión de la mayoría.)

61 *La propiedad intelectual de las poblaciones indígenas: breve informe del Secretario General*, Subcomisión de Prevención de Discriminaciones y Protección a las Minorías, 44º período de sesiones, Naciones Unidas, E/CN.4/Sub.2/1992/30 (6 de julio de 1992); *Estudio sobre la protección de la propiedad cultural e intelectual de los pueblos indígenas*, preparado por Erica Irene Daes, relatora especial de la Subcomisión de Prevención de Discriminaciones y Protección a las Minorías y presidenta del Grupo de Trabajo sobre Poblaciones Indígenas, Subcomisión de Prevención de Discriminaciones y Protección a las Minorías, 45º período de sesiones, Naciones Unidas, E/CN.4/Sub.2/1993/28 (28 de julio de 1993); *Protección del patrimonio de los pueblos indígenas. Informe preliminar de la relatora especial*, Naciones Unidas, E/CN.4/Sub.2/1994/31 (8 de julio de 1994); *Protección del patrimonio de los pueblos indígenas. Informe definitivo de la relatora especial*, Naciones Unidas, E/CN.4/Sub.2/1995/26 (21 de junio de 1995) (en lo sucesivo “Informe definitivo”), *Protección del patrimonio de las poblaciones indígenas. Informe complementario presentado por la relatora especial*, Naciones Unidas, E/CN.4/Sub.2/1996/22 (24 de junio de 1996).

propiedad intelectual protege la creación individual durante un período de tiempo limitado. Así pues, si los conocimientos culturales tradicionales son asimilables a los bienes que protege la propiedad intelectual, muchos de los que han estudiado esta cuestión, entre ellos Daes, han llegado a la conclusión de que la legislación sobre la propiedad intelectual es incompleta y que es menester crear otras modalidades de protección jurídica.<sup>62</sup>

Si los Estados Unidos consideran seriamente la posibilidad de apoyar una Declaración de las Naciones Unidas vigorosa, es preciso que encuentren la manera de superar sus objeciones al concepto de derechos humanos colectivos. Una forma lógica de hacerlo consistiría en aceptar la norma de integridad cultural como un derecho colectivo en la legislación vigente relativa a los derechos humanos, y reconocer que las normas de derechos colectivos que figuran en el Proyecto son necesarias para materializar el derecho a la integridad cultural de los pueblos indígenas. Algunos de los artículos de la Declaración se podrían revisar en ese caso con el fin de aclarar que los derechos colectivos se han de ejercer conforme a la legislación sobre derechos humanos en vigor, que protege los derechos individuales.

Los Estados Unidos podrían progresar en la comprensión de la necesidad de reconocer ciertos derechos colectivos realizando serias consultas con las tribus para definir los puntos de vista que se van a presentar en los foros internacionales. Así, las autoridades federales podrían ir comprendiendo lo que quieren decir los representantes de las tribus cuando hablan de las responsabilidades de los individuos para con la propia comunidad y para con el mundo natural y cuando afirman que los conocimientos ecológicos y culturales tradicionales constituyen por lo general el saber colectivo de la comunidad. Si este saber ha de contar para contribuir a preservar la diversidad biológica, la entidad colectiva que es su depositaria tiene que considerar que las condiciones del aprovechamiento compartido son aceptables.

#### 4. PRESERVACIÓN DE LA DIVERSIDAD BIOLÓGICA

A pesar de que los Estados Unidos aún no son parte en el Convenio sobre la Diversidad Biológica adoptado en la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo (o Cumbre para la Tierra) en 1992,<sup>63</sup> poseen programas

62. En el "Informe definitivo", nota 61 *supra*, se recogen una serie de principios y directrices para la protección del patrimonio de los pueblos indígenas (véase el apéndice B).

63. 31 I.L.M. 818 (1992). Los Estados Unidos no firmaron el Convenio durante la Cumbre para la Tierra, pero ahora ya lo han hecho, si bien el Senado aún no lo ha ratificado.



federales oficiales que ilustran la posibilidad de cumplir con las obligaciones definidas en el artículo 8, que dispone lo siguiente:

Cada parte contratante, en la medida de lo posible y según proceda: j) con arreglo a su legislación nacional, respetará, preservará y mantendrá los conocimientos, las innovaciones y las prácticas de las comunidades indígenas y locales que entrañen estilos tradicionales de vida pertinentes para la conservación y la utilización sostenible de la diversidad biológica y promoverá su aplicación más amplia, con la aprobación y la participación de quienes posean esos conocimientos, innovaciones y prácticas, y fomentará que los beneficios derivados de la utilización de esos conocimientos, innovaciones y prácticas se compartan equitativamente...

Si la ley sobre especies amenazadas<sup>64</sup> y la ley de preservación de la historia nacional se aplican de forma que respeten los derechos culturales de las tribus indias, podrían contribuir a la supervivencia de las mismas como culturas diferenciadas al ayudarlas a preservar especies y hábitats que tienen una importancia capital para las prácticas culturales tribales. Asimismo, estas leyes podrían contribuir a la supervivencia cultural de las tribus infundiendo a las autoridades y los funcionarios federales, y a los no indios en general, respeto y comprensión por los valores culturales tribales.

#### LA LEY SOBRE ESPECIES AMENAZADAS

En los Estados Unidos muchas de las controversias jurídicas a propósito de la diversidad biológica han tenido lugar en el marco de la ley sobre especies amenazadas.<sup>65</sup> Esta ley ha suscitado muchas críticas, especialmente porque se centra específicamente en las especies. Las tribus indias han hecho suyas algunas de esas críticas y han reclamado un enfoque de ecosistema que reconozca las relaciones que existen entre los distintos tipos de formas de vida.<sup>66</sup> Por otra parte, en muchos casos en los que una especie había sido llevada al borde de la extinción, esta ley ha contribuido a que la gente se retenga y no franquee el límite.<sup>67</sup>

La ley sobre especies amenazadas no aborda expresamente cuestiones como la importancia que revisten para las culturas tribales las especies amenazadas o en peligro.

64. *Endangered Species Act*, 16 U.S.C. párrs. 153-244.

65. *Ibidem*, 16 U.S.C. párrs. 153-244. Véase, en general, Oliver A. Houck "On the law of biodiversity and ecosystem management", 81 *Minnesota Law Review*, 869, 1997.

66. Charles Wilkinson, "The role of bilateralism in fulfilling the federal-tribal relationship: the tribal rights-endangered species secretarial order", 72 *Washington Law Review*, 1997, 1063, 1068.

67. Houck, nota 65 *supra*, 974-978.



De hecho, a diferencia de muchas otras leyes federales sobre el medio ambiente, esta ley ni siquiera menciona las tribus indias, y sin embargo ha dado lugar a controversias que sí las afectan. El caso de las migraciones de salmones salvajes en la costa noroeste del Pacífico resulta especialmente instructivo.<sup>68</sup>

### La polémica en torno al salmón salvaje

El salmón es un pez anádromo que desova en los ríos, de joven desciende al mar y adulto remonta los mismos ríos donde nació para desovar y morir. Las tribus de la costa noroeste del Pacífico han dependido del salmón para su subsistencia, así como para sus necesidades ceremoniales y comerciales, desde tiempos remotos. Cuando concertaron los tratados en que cedían vastas zonas de territorio, las tribus de esta región se reservaron el derecho de seguir pescando en sus lugares habituales. Este derecho, estipulado en los tratados, fue confirmado por el Tribunal Supremo como el derecho de capturar la mitad de la pesca “capturable”.<sup>69</sup>

Desde tiempos inmemoriales, el salmón ha sido extraordinariamente abundante. Antes de la llegada de los colonos blancos, hasta 16 millones de salmones remontaban desde el Océano Pacífico cada año para desovar en los afluentes del río Columbia.<sup>70</sup> Desde la construcción de las presas hidroeléctricas en el Columbia y muchos de sus afluentes, algunas subespecies de salmón salvaje se han extinguido y varias otras han sido clasificadas especies en peligro en virtud de la ley sobre especies amenazadas. Conforme a la sección 7 de esa ley,<sup>71</sup> los organismos federales deben consultar al Servicio Nacional de Pesca Marina y obtener de él un dictamen biológico sobre si una medida federal propuesta pone en peligro o no la supervivencia de alguna de las especies enumeradas.

En 1994, tras pronunciar dictámenes según los cuales el funcionamiento del sistema de presas hidroeléctricas podía continuar funcionando sin poner en peligro las especies, el Servicio Nacional de Pesca Marina propuso formular la primera “advertencia de peligro” jamás emitida en relación con las subespecies de salmón que figuraban en la lista con el fin de limitar el derecho de pesca de las cuatro tribus de la

---

68. Para un análisis más pormenorizado sobre la polémica del salmón salvaje, véase Mary Christina Wood, “Fulfilling the executive’s trust responsibility toward the native nations on environmental issues: a partial critique of the Clinton Administration’s promises and performance”, 25 *Environmental Law* 733 (1995) (en lo sucesivo “Wood Trust III”).

69. *Washington contra Washington State Commercial Passenger Fishing Vessel Association*, 443 U.S. 658, 685-687, modificado 444 U.S. 816 (1979).

70. “Wood Trust III”, nota 68 *supra*, pág. 762.

71. 16 U.S.C. párr. 1536.