

Parte I

La Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas: Antecedentes, contenido y aplicación



Capítulo 1: Antecedentes de la Declaración

Capítulo 2: Contenido de la Declaración: Igualdad y no discriminación; integridad cultural y derechos colectivos

Capítulo 3: Contenido de la Declaración: Libre determinación; autonomía; participación, consultas y consentimiento

Capítulo 4: Contenido de la Declaración: Tierras, territorios y recursos; desarrollo con identidad; reparación y compensación

Capítulo 5: Aplicación de la Declaración

Introducción a la Parte I

La primera parte de este manual se divide en cinco capítulos. El Capítulo 1 comienza con una breve historia de los acontecimientos relativos a los pueblos indígenas en el plano internacional y aborda la cuestión de la definición de pueblos indígenas. El Capítulo 2 empieza a referirse al contenido de la Declaración y examina el derecho a la igualdad y la no discriminación, la cultura y el significado de los derechos colectivos. En el Capítulo 3 se abordan los derechos de los pueblos indígenas a la libre determinación y la autonomía, así como los derechos a la participación y la consulta. Aquí se examina además el concepto de consentimiento libre, previo e informado. En el Capítulo 4 se examinan los derechos a las tierras, los territorios y los recursos, así como los derechos de reparación e indemnización.

Este manual no tiene por objeto abordar de manera exhaustiva cada uno de los derechos que figuran en la Declaración. Más bien trata de examinar los elementos fundamentales de los derechos y las cuestiones temáticas, agrupándolos para facilitar la labor de referencia y sin establecer jerarquía alguna entre ellos.

Por último, en el Capítulo 5 se examina la importancia de la Declaración y su condición jurídica, y se presenta la Parte II del manual, relativa a la función de las instituciones nacionales de derechos humanos.

Capítulo 1:

Antecedentes de la Declaración

PREGUNTAS FUNDAMENTALES

- ¿Cuáles son las cuestiones de derechos humanos que atañen a los pueblos indígenas?
- ¿Cómo ha tratado la comunidad internacional a los pueblos indígenas a lo largo de la historia?
- ¿Qué acontecimientos han modificado ese trato histórico?
- ¿Cuáles son los acontecimientos internacionales que atañen a las comunidades indígenas?
- ¿Qué mecanismos de las Naciones Unidas conciernen a los derechos de los pueblos indígenas?
- ¿Quiénes son los pueblos indígenas del mundo?
- ¿Cuáles son las características pertinentes de la identidad indígena?
- ¿Qué significa la primacía de la autodefinición?



1. ACONTECIMIENTOS INTERNACIONALES RELATIVOS A LOS PUEBLOS INDÍGENAS

Se considera que los pueblos indígenas figuran entre los más vulnerables, desfavorecidos y marginados del mundo. Estas comunidades, dispersas por el planeta, desde el Ártico hasta el Pacífico meridional, están formadas por algo más de 370 millones de personas residentes en 90 países. Aunque constituyen aproximadamente el 5 por ciento de la población mundial, los indígenas representan el 15 por ciento de los pobres del mundo y la tercera parte de las personas que viven en la extrema pobreza.¹⁰

Cada pueblo indígena posee su propia cultura, lengua, sistema jurídico e historia. La mayoría de ellos mantiene un vínculo sólido con el medio ambiente y con sus tierras y territorios tradicionales. A menudo, estos grupos tienen en común una historia de desarraigo de esas tierras y territorios, de sometimiento, destrucción de sus culturas, discriminación y múltiples violaciones de sus derechos humanos. Durante siglos, esos pueblos han padecido la falta de reconocimiento de sus instituciones políticas y culturales, lo que ha socavado la integridad de sus culturas. Asimismo, han sufrido las repercusiones negativas de los procesos de desarrollo, que han amenazado gravemente su supervivencia.

En respuesta a las violaciones de sus derechos humanos, los pueblos indígenas y sus organizaciones han cabildado en los planos nacional e internacional, con el fin de que se hiciera frente a esas violaciones. Tras haber logrado poca o ninguna atención de la comunidad mundial durante varios decenios, los pueblos indígenas han obtenido cada vez más notoriedad y han logrado que su voz se escuche en los foros internacionales.

La Organización Internacional del Trabajo (OIT) fue el primer organismo internacional que abordó las cuestiones tribales e indígenas y advirtió que era necesario que la comunidad internacional les prestara atención y cooperara con dichas comunidades. La OIT se ha esforzado en proteger y promover los derechos tribales e indígenas desde principios del decenio de 1920. La Organización elaboró dos

10 Fondo Internacional de Desarrollo Agrícola, *Política de Actuación respecto a Pueblos Indígenas*, 2009.

instrumentos internacionales que atañen exclusivamente a los pueblos tribales e indígenas: El Convenio sobre poblaciones indígenas y tribales de 1957 (Nº 107) –cuyo plazo de ratificación ya concluyó– y el Convenio sobre pueblos indígenas y tribales de 1989 (Nº 169).¹¹

El movimiento en pro de los derechos de los pueblos indígenas, en su forma actual, cobró fuerza en los decenios de 1960 y 1970, cuando se creó un gran número de organizaciones no gubernamentales (ONG), muchas de las cuales fueron organizaciones específicamente indígenas, de ámbito nacional e internacional. Estas organizaciones han sacado a la luz la discriminación y violación sistemática de los derechos humanos que padecen los pueblos indígenas del mundo entero. En 1971, la Subcomisión de prevención de discriminaciones y protección a las minorías nombró a uno de sus miembros, José R. Martínez Cobo, al cargo de Relator Especial, con el cometido de realizar un estudio de amplio espectro sobre la discriminación de los pueblos indígenas y recomendar medidas nacionales e internacionales encaminadas a erradicarla. Este informe se conoce habitualmente como el Estudio de Martínez Cobo.¹²

Esta obra fundamental sentó las bases del vigente sistema internacional de derechos humanos de los pueblos indígenas y condujo a la creación, en 1982, del primer mecanismo de las Naciones Unidas dotado de un mandato para abordar exclusivamente las cuestiones relativas a los pueblos indígenas: el Grupo de Trabajo sobre las Poblaciones Indígenas. La función primordial del Grupo era brindar especial atención a la elaboración de criterios relativos a los derechos humanos de los pueblos indígenas. En 1993 el Grupo terminó de preparar un proyecto de declaración sobre los derechos de los pueblos indígenas,¹³ en colaboración con organismos gubernamentales, indígenas y otros participantes no gubernamentales. El proyecto de declaración fue aprobado por la Subcomisión en 1994 y fue sometido a la Comisión de Derechos Humanos, que estableció en 1995 su propio grupo de trabajo¹⁴ con el fin de examinarlo. El Consejo de Derechos Humanos lo aprobó en su primer período de sesiones, celebrado en junio de 2006, con 30 votos a favor, 2 en contra y 12 abstenciones.¹⁵

Al mismo tiempo, diversas iniciativas que se desarrollaban en el sistema de las Naciones Unidas suscitaban una atención cada vez mayor hacia los derechos de los pueblos indígenas, entre otras la creación en 1985 del Fondo de las Naciones Unidas de contribuciones voluntarias para las poblaciones indígenas,¹⁶ la proclamación de 1993 como Año Internacional de las Poblaciones Indígenas del Mundo y la aprobación de dos décadas consecutivas como Decenios Internacionales de las Poblaciones Indígenas del Mundo, a partir de 1995.¹⁷

11 Aunque el Convenio Nº 107 de la OIT abrió nuevas perspectivas, también fomentó una estrategia de asimilación. En los años posteriores a su aprobación, y a la luz del Estudio de Martínez Cobo y los debates que tuvieron lugar durante las reuniones del mecanismo de las Naciones Unidas consagrado a los pueblos indígenas (el Grupo de Trabajo sobre las Poblaciones Indígenas, creado en 1982), se hicieron evidentes las limitaciones del Convenio Nº 107 de la OIT y los pueblos indígenas solicitaron la formulación de nuevos criterios internacionales. En 1988 y 1989, la OIT preparó un nuevo convenio –el Convenio Nº 169– a tenor del cual se creó un marco para la protección de los pueblos indígenas al amparo del derecho internacional. Desde entonces, ese Convenio ha sentado las bases para que diversas organizaciones internacionales formulen políticas y programas relativos a los pueblos indígenas.

12 “Estudio del problema de la discriminación contra las poblaciones indígenas” (E/1982/34).

13 E/CN.4/Sub.2/1993/26.

14 Grupo de Trabajo encargado de elaborar un proyecto de declaración de conformidad con el párrafo 5 de la Resolución 49/214 de la Asamblea General, Resolución 1995/32 de la Comisión de Derechos Humanos.

15 Resolución 2006/2 del Consejo de Derechos Humanos.

16 Resolución 40/131 de la Asamblea General. El Fondo de las Naciones Unidas de contribuciones voluntarias para las poblaciones indígenas se creó con el fin de prestar asistencia financiera a representantes de comunidades y organizaciones indígenas para que participasen en las deliberaciones del Grupo de Trabajo sobre poblaciones indígenas. La Asamblea General amplió el mandato del Fondo –mediante las Resoluciones 56/140, 63/161 y 65/198– con el fin de prestar asistencia financiera a dichos representantes, para que participasen en las reuniones del Foro Permanente, el Mecanismo de expertos, el Consejo de Derechos Humanos y los órganos creados en virtud de los tratados de derechos humanos.

17 Mediante la Resolución 48/163, la Asamblea General estableció el Primer Decenio Internacional de los Pueblos Indígenas del Mundo (1995-2004), bajo la coordinación del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. Un segundo Decenio (2005-2014) fue establecido en virtud de la Resolución 59/174, bajo la coordinación del Secretario General Adjunto para Asuntos Económicos y Sociales. En 1995 y 2004 se crearon sendos fondos fiduciarios para financiar proyectos y programas de ambos Decenios.

En el mismo sentido, el sistema de las Naciones Unidas ha creado diversos mecanismos con mandatos específicos para abordar la cuestión de los derechos de los pueblos indígenas:

- El Foro Permanente de las Naciones Unidas para las Cuestiones Indígenas¹⁸ celebró su primer período de sesiones en 2002. El Foro es un órgano asesor del Consejo Económico y Social y su mandato consiste en examinar las cuestiones indígenas en relación con el desarrollo económico y social, la cultura, el medio ambiente, la educación, la salud y los derechos humanos. Entre otros cometidos, el Foro también se ocupa de promover la coordinación de las actividades que atañen a los pueblos indígenas en todo el sistema de las Naciones Unidas.
- El Mecanismo de expertos sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas¹⁹ fue creado en 2007, con el fin de proporcionar al Consejo de Derechos Humanos asesoría temática en relación con los derechos de los pueblos indígenas. El Mecanismo de expertos aporta estas competencias principalmente en forma de estudios y asesoramiento sobre temas específicos que atañen a los derechos de los pueblos indígenas. Hasta la fecha, el Mecanismo de expertos ha elaborado estudios sobre el derecho de los pueblos indígenas a la educación, el derecho a participar en la adopción de decisiones, la función de la lengua y la cultura en la promoción y protección de los derechos y la identidad de los pueblos indígenas y el acceso a la justicia de los pueblos indígenas.²⁰
- El cargo de Relator Especial sobre los derechos de los pueblos indígenas²¹ fue creado en 2001 por la Comisión de Derechos Humanos (en la actualidad, Consejo de Derechos Humanos). El mandato del Relator Especial abarca, entre otras tareas, la de examinar las formas de superar los obstáculos existentes para la plena y eficaz protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los pueblos indígenas; definir, intercambiar y promover las buenas prácticas; acopiar, solicitar, recibir e intercambiar información y comunicaciones de todas las fuentes pertinentes sobre las presuntas violaciones de sus derechos humanos y libertades fundamentales, y formular recomendaciones y propuestas sobre las medidas y actividades apropiadas con el fin de prevenir y corregir dichas violaciones.

Estos tres mandatos pueden considerarse complementarios. Sus titulares se reúnen cada año para coordinar actividades e intercambiar información.

Además de los mecanismos específicos que atañen a los derechos de los pueblos indígenas, hay varios órganos de supervisión de la aplicación de los tratados que desempeñan una función importante en la promoción de esos derechos. Por ejemplo, el Comité de Derechos Humanos (que supervisa la aplicación del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos), el Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial (que supervisa la aplicación de la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial), el Comité de los Derechos del Niño (que supervisa la aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño) y el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (que supervisa la aplicación del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales) elaboraron una abundante jurisprudencia sobre los derechos de los pueblos indígenas antes de que se aprobara la Declaración.

Por último, en el marco del Examen Periódico Universal (EPU), en virtud del cual todos los Estados Miembros de las Naciones Unidas son examinados por el Consejo de Derechos Humanos a fin de verificar el cumplimiento de sus obligaciones y compromisos en la materia, se refleja una preocupación cada vez mayor por las cuestiones indígenas.

18 Resolución 2000/22 del Consejo Económico y Social. Hay más información disponible en: <http://social.un.org/index/IndigenousPeoples.aspx>.

19 Resolución 6/36 del Consejo de Derechos Humanos.

20 Véase www.ohchr.org/EN/Issues/IPeoples/EMRIP/Pages/EMRIPIndex.aspx.

21 Resolución 2001/57 de la Comisión de Derechos Humanos. Este mandato se prorrogó a tenor de la Resolución 15/14 del Consejo de Derechos Humanos y el título de "Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los pueblos indígenas" se convirtió en "Relator Especial sobre los derechos de los pueblos indígenas".

Las medidas que las INDH pueden adoptar con miras a promover la Declaración, mediante la interacción y el aprovechamiento de estos mecanismos y procedimientos, se examinará en la Parte III de este manual.

La aprobación de la Declaración por la Asamblea General, el 13 de septiembre de 2007, marcó la culminación de más de dos décadas de negociaciones en las que participaron numerosos Estados y pueblos indígenas. La Declaración es el instrumento internacional de más amplio espectro en lo tocante a los derechos de los pueblos indígenas. En este documento se otorga preminencia a los derechos colectivos en un grado sin precedentes en el derecho internacional; se establece un marco universal de criterios mínimos para la supervivencia, la dignidad y el bienestar de los pueblos indígenas del mundo, y se examina exhaustivamente en qué medida se aplican los criterios de derechos humanos y libertades fundamentales vigentes a la situación de dichos pueblos.

No se puede subestimar la importancia que tiene el reconocimiento de los derechos de los pueblos indígenas por la Asamblea General de las Naciones Unidas. El Jefe Willton Littlechild, que actualmente es miembro y presidente-relator del Mecanismo de expertos, lo resume en estos términos:

La Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas aclara de qué manera la Declaración Universal de Derechos Humanos se aplica en pro de nuestra supervivencia, dignidad y bienestar. Como uno de nuestros Ancianos me pidió que les dijera: "Ahora ya no soy un objeto ni tampoco un sujeto; ¡ahora soy un ser humano!"²²

El Secretario General de las Naciones Unidas, Ban Ki-moon, hizo hincapié en que, con la aprobación de la Declaración, había llegado el momento de tomar medidas para abordar la cuestión de los derechos de los pueblos indígenas:

La Declaración es un elemento pionero en el tratamiento de los derechos humanos de los pueblos indígenas. En ella se establece un marco en el que los Estados pueden construir, o reconstruir, sus relaciones con los pueblos indígenas. Constituye el resultado de más de dos décadas de negociaciones y ofrece una oportunidad vital para que los Estados y los pueblos indígenas fortalezcan sus relaciones, promuevan la reconciliación y velen por que no se repitan los errores del pasado. Aliento a los Estados Miembros y a los pueblos indígenas a que se acerquen en un espíritu de respeto mutuo y hagan uso de la Declaración como el instrumento vivo que es para que pueda tener una influencia real y positiva en todo el mundo.²³

En este manual se examinará exhaustivamente cómo las INDH pueden desempeñar una función constructiva en este proceso.

2. ¿QUIÉNES SON LOS PUEBLOS INDÍGENAS?

En el ámbito internacional se ha dedicado un ingente esfuerzo a la tarea de definir a "los pueblos indígenas".²⁴ Los propios pueblos indígenas se han opuesto a la adopción de una definición formal en el plano internacional, insistiendo en la necesidad de preservar la flexibilidad y respetar el deseo y el derecho de cada comunidad indígena a la autodefinition. La ex Presidenta del Grupo de Trabajo sobre Poblaciones Indígenas, Erica Daes, reflejó esta postura al afirmar que "los pueblos indígenas han padecido las definiciones que otros les han impuesto".²⁵

22 "When Indigenous Peoples Win, The Whole World Wins: Address to the United Nations Human Rights Council on the 60th Anniversary of the Universal Declaration on Human Rights", en el volumen *Making the Declaration Work: The United Nations Declaration on the Rights of Indigenous Peoples*. C. Charters y R. Stavenhagen, editores. (2009), pág. 374.

23 Secretario General de las Naciones Unidas, Nota de prensa del 23 de julio de 2008 (en inglés) con motivo del Día Internacional de los Pueblos Indígenas, "Protect, promote endangered languages, Secretary-General urges in message for International Day of World's Indigenous People"; disponible en: www.un.org/News/Press/docs/2008/sgsm11715.doc.htm.

24 Documento de trabajo preparado por la Presidenta-Relatora, Erica-Irene A. Daes, sobre el concepto de "pueblo indígena" (E/CN.4/Sub.2/AC.4/1996/2), párr. 68. Véase también el documento de referencia preparado por la Secretaría del Foro Permanente de las Naciones Unidas para las Cuestiones Indígenas (PFI/2004/W/S.1/3).

25 Nota de la Presidenta-Relatora sobre los criterios que podrían aplicarse al examinar el concepto de pueblos indígenas (E/CN.4/Sub.2/AC.4/1995/3), pág. 4.

En consecuencia, no se ha adoptado ninguna definición oficial en el marco del derecho internacional. Se considera que una definición estricta es a la vez innecesaria e indeseable.

En el Estudio de Martínez Cobo figura la “definición práctica” de pueblos indígenas que se cita con mayor frecuencia:

*Son comunidades, pueblos y naciones indígenas los que, teniendo una continuidad histórica en 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 parte 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.*²⁶

En el Estudio se señala además que el indígena:

*... es la persona que pertenece a una población autóctona por autoidentificación (conciencia de grupo) y que es reconocida y aceptada por esta población en calidad de uno de sus miembros (aceptación por parte del grupo). Esto otorga a las comunidades autóctonas el derecho y el poder soberano de decidir cuáles son sus miembros, sin injerencia externa.*²⁷

Según el Convenio N° 169 de la OIT, los pueblos indígenas son los descendientes de poblaciones “que habitaban en el país, o en una región geográfica a la que pertenece el país, en la época de la conquista o la colonización o del establecimiento de las actuales fronteras estatales” y que “conservan instituciones sociales, económicas, culturales y políticas, o parte de ellas”.²⁸

Aunque no proporcionó una definición, la Presidenta-Relatora del Grupo de Trabajo sobre las Poblaciones Indígenas estableció la lista de factores que se relacionan a continuación y que se han considerado pertinentes para comprender el concepto de “indígena”:

- (a) la prioridad en el tiempo por la que respecta a la ocupación y el uso de determinado territorio;
- (b) la perpetuación voluntaria de la distinción cultural, que puede incluir los aspectos del idioma, la organización social, la religión y los valores espirituales, los modos de producción, las leyes e instituciones;
- (c) la conciencia de la propia identidad, así como su reconocimiento por otros grupos, o por las autoridades estatales, como una colectividad distinta; y
- (d) una experiencia de sometimiento, marginación, desposeimiento, exclusión o discriminación, independientemente de que estas condiciones persistan o no.²⁹

La Presidenta-Relatora hizo hincapié en que estos factores no constituyen ni pueden constituir una definición de amplio espectro y que tal vez no sea deseable derivar de ellos una definición más exacta del término pueblos indígenas, sino que más bien sea preferible velar por que existan las condiciones para una evolución razonable y una especificidad regional del concepto de “indígena” en el plano empírico.³⁰

A menudo el debate en torno a una definición del concepto de pueblos indígenas se ha centrado en los pueblos de África y Asia. En el contexto asiático, el término “pueblos indígenas” suele usarse para denominar a diversos grupos culturales, tales como los “adivasis”, las “poblaciones tribales”, las “tribus de las montañas” o las “tribus registradas”, mientras que, por lo general, a los grupos análogos residentes en África se les conoce como “pastorales”, “grupos vulnerables” o “cazadores recolectores”. En África se afirma a menudo que todos los pueblos africanos son indígenas de ese continente. Este debate fue abordado por el Grupo de Trabajo de Expertos en Poblaciones/Comunidades Indígenas de África, el

26 E/CN.4/Sub.2/1986/7/Add.4, párr. 379.

27 Ibid., párr. 381-382.

28 Artículo 1(1).

29 E/CN.4/Sub.2/AC.4/1996/2, párr. 69.

30 Ibid., párr. 70.

cual señaló que un enfoque moderno debería “insistir menos en las definiciones iniciales basadas en la condición de aborígen” y, en su lugar, hacer hincapié en:

- (1) La autodefinición como indígena y como grupo netamente distinto de los demás que viven en el mismo Estado;
- (2) El vínculo especial con sus tierras y territorios ancestrales, por lo que éstos revisten una importancia fundamental para su supervivencia física y cultural en tanto que pueblos.
- (3) La experiencia de haber padecido sometimiento, marginación, despojo, exclusión o discriminación, porque su cultura, estilo de vida o modo de producción diferían o difieren del modelo predominante.³¹

Los párrafos precedentes demuestran que no existe una definición de pueblos indígenas que goce de aceptación universal. Sin embargo, aunque continúa el debate al respecto, el criterio fundamental de la autodefinición como expresión del derecho a la libre determinación de los pueblos indígenas sí ha obtenido amplio reconocimiento en nuestra época.

La Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos está de acuerdo con que los Endorois se consideren a sí mismos un pueblo diferente, que comparte una historia, una cultura y una religión comunes. La Comisión Africana acepta que los Endorois son un “pueblo”, categoría que les permite acogerse a las disposiciones de la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, que protege los derechos colectivos. La Comisión Africana considera también que las presuntas violaciones de la Carta Africana son las que atañen a la médula misma de los derechos de los indígenas: el derecho a preservar la propia identidad mediante la identificación con sus tierras ancestrales.³²

Este aspecto quedó ratificado en la Declaración, que en su artículo 33 afirma que “los pueblos indígenas tienen derecho a determinar su propia identidad o pertenencia conforme a sus costumbres y tradiciones”. El Convenio N° 169 de la OIT declara también que la autodefinición como indígena es “un criterio fundamental para determinar los grupos a los que”³³ se considere indígenas.

Es importante que la comprensión del concepto de autodefinición enriquezca la práctica de las INDH. Este punto es de especial importancia en los Estados cuyos gobiernos no reconocen las legítimas reivindicaciones de un grupo que se considera a sí mismo un pueblo indígena. Al margen de la polémica sobre la definición, las cuestiones de derechos humanos que atañen a los pueblos indígenas deberían recibir la debida atención. En la Parte II del presente manual figuran varios ejemplos de la acción de las INDH en situaciones en que los gobiernos no aceptan los derechos de los pueblos indígenas o no reconocen la existencia misma de dichos pueblos. La carencia de una definición oficial no debe impedir que se aborden las cuestiones de derechos humanos que afectan a los pueblos indígenas.

31 Informe del Grupo de Trabajo de Expertos en Poblaciones/Comunidades Indígenas de la Comisión Africana, aprobado por la Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos (2003), págs. 92-93.

32 *El Centre for Minority Rights Development (Kenya) y el Minority Rights Group International en representación del Endorois Welfare Council vs. Kenya*, Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, 276/2003 (4 de febrero de 2010), párr. 162.

33 Artículo 1 (2).

Bangladesh se abstuvo en la votación por la que se aprobó la Declaración. Al explicar luego su posición, los representantes de ese país adujeron que la Declaración contenía algunas ambigüedades, en particular que el concepto de “pueblo indígena” no quedaba en modo alguno definido ni identificado explícitamente.

En 2009 se creó la **Comisión Nacional de Derechos Humanos de Bangladesh**. El cabildeo dinámico en pro de los derechos humanos de los Adivasis (pueblos indígenas) que este órgano lleva a cabo es un aspecto esencial de su plan estratégico quinquenal. La Comisión está en condiciones de manifestar enérgicamente su opinión en lo tocante a los derechos humanos de los pueblos indígenas y de realzar su notoriedad.³⁴



PUNTOS CLAVE: CAPÍTULO 1

- Los pueblos indígenas tienen culturas, idiomas, sistemas jurídicos e historias únicos y diferentes. La mayoría de ellos posee un vínculo sólido con su medio ambiente y con sus tierras y territorios ancestrales. Además, suelen compartir una herencia de desarraigo de sus tierras y territorios tradicionales, de sometimiento, destrucción de sus culturas, discriminación y violaciones generalizadas de sus derechos humanos.
- Tras décadas en las cuales recibieron una atención escasa o nula por parte de la comunidad internacional, los pueblos indígenas han adquirido cada vez más notoriedad y han logrado expresarse en los foros internacionales.
- El Estudio de Martínez Cobo contribuyó a sentar las bases del actual sistema internacional de derechos humanos de los pueblos indígenas.
- La Declaración de las Naciones Unidas es el instrumento de más amplio espectro en lo tocante a los derechos de los pueblos indígenas.
- En el sistema de las Naciones Unidas no se ha elaborado una definición estricta de “pueblos indígenas”, ya que una definición así tal vez no sería aplicable en todos los contextos y podría resultar demasiado abarcadora o, por el contrario, no ser lo suficientemente exhaustiva.
- La autodefinición es un criterio fundamental para determinar si una persona o un grupo han de considerarse indígenas.



34 Comisión Nacional de Derechos Humanos de Bangladesh, *Plan Estratégico de la Comisión Nacional de Derechos Humanos 2010-2015*, disponible en: www.nhrc.org.bd.

Capítulo 2:

Contenido de la Declaración: Igualdad y no discriminación; integridad cultural y derechos colectivos

PREGUNTAS FUNDAMENTALES

- ¿En qué consisten las formas de discriminación formal y de hecho?
- ¿Por qué resulta necesario adoptar medidas especiales para los pueblos indígenas?
- ¿Qué es una cultura indígena?
- ¿En qué difieren los derechos colectivos de los individuales?
- ¿Por qué los derechos colectivos son importantes para los pueblos indígenas?



1. EL DERECHO A LA IGUALDAD Y LA NO DISCRIMINACIÓN

La no discriminación y la igualdad son componentes fundamentales del derecho internacional de los derechos humanos y elementos esenciales para el ejercicio y disfrute de los derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales.

El Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial aclaró que el término “no discriminación” no implica que sea necesario un trato uniforme cuando existen diferencias importantes entre la situación de una persona o grupo y la de otros o, en otras palabras, cuando hay una justificación objetiva razonable para la diferencia de trato.³⁵ Es importante que los Estados tengan en cuenta las características especiales de los pueblos indígenas cuando apliquen el principio de no discriminación en sus legislaciones y sus prácticas.

La Declaración estipula que los pueblos y los individuos indígenas son libres e iguales a todos los demás pueblos y personas y tienen derecho a no ser objeto de ningún tipo de discriminación en el ejercicio de sus derechos.³⁶ La Declaración insta específicamente a los Estados a que adopten medidas para combatir los prejuicios, eliminar la discriminación y promover buenas relaciones entre los pueblos indígenas y todos los demás sectores de la sociedad, y a que faciliten mecanismos eficaces para la prevención y el resarcimiento de toda forma de propaganda que tenga como fin promover o incitar a la discriminación racial o étnica dirigida contra ellos.³⁷

El derecho a la igualdad y la no discriminación exige que los Estados luchen tanto contra la discriminación formal como la discriminación sustantiva o de hecho. La eliminación de la discriminación formal puede exigir que la constitución, las leyes, las regulaciones o las políticas del Estado no discriminen a los pueblos indígenas. La eliminación de la discriminación de hecho requiere que el Estado aplique leyes y políticas que faciliten la igualdad sustancial de los pueblos indígenas en el ejercicio de sus

35 Recomendación general N° 32 (2009) Significado y alcance de las medidas especiales en la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial.

36 Artículo 2.

37 Artículo 15 (2).

derechos. La obligación de eliminar la discriminación y proporcionar igualdad exige que los Estados regulen la conducta, tanto de los agentes públicos como privados, y que además apliquen políticas que proporcionen una igualdad sustancial.³⁸

En el contexto de los pueblos indígenas, el derecho a la igualdad y la no discriminación se considera como fuente de una protección dual. Por una parte, se centra en las condiciones inherentes para mantener el modo de vida de esos pueblos y, por la otra, se centra en las actitudes y conductas que excluyen o marginan a las poblaciones indígenas de la sociedad en general.³⁹

Sin embargo, el Mecanismo de expertos ha señalado que, al parecer, determinados Estados consideran que existe un conflicto entre los derechos consagrados en la Declaración y el principio de igualdad. Algunos Estados sostienen que el principio de igualdad prohíbe a los Estados dispensar un trato diferente a uno de los grupos de la sociedad. En particular, algunos Estados interpretan que el derecho a la igualdad prohíbe los programas especializados destinados a los pueblos indígenas. Pero el Mecanismo de expertos ha insistido en que, a fin de lograr la igualdad de hecho, puede ser necesario dispensar a los pueblos indígenas un trato específico, en tanto que grupo humano diferente sujeto a circunstancias particulares.⁴⁰ Asimismo, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha mantenido el criterio de que, según un principio firmemente arraigado en el derecho internacional, el trato desigual a personas que se encuentran en situación desigual no equivale a discriminación.⁴¹ En el mismo sentido, el Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial ha sostenido que:

*... dar un mismo trato a personas o grupos cuyas situaciones sean objetivamente diferentes constituirá discriminación en la práctica, como lo constituirá también el trato desigual de personas cuya situación sea objetivamente la misma.*⁴²

El Convenio N° 169 de la OIT, la Corte Interamericana de Derechos Humanos y los órganos creados en virtud de los tratados de las Naciones Unidas han reconocido la necesidad de aplicar “medidas especiales” para los pueblos indígenas. El propósito de dichas medidas es remediar las discriminaciones históricas o corregir las desigualdades actuales.

Se ha afirmado que es necesario aplicar medidas especiales para los pueblos indígenas debido a su gran vulnerabilidad, sus experiencias históricas de marginación y discriminación y la repercusión desproporcionada que sobre ellos ha tenido la violación permanente de sus derechos humanos.⁴³ El Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales ha dicho claramente que, cuando la discriminación contra un grupo específico ha sido omnipresente, los Estados deberían aplicar una estrategia sistemática con el fin erradicarla.⁴⁴

El Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial ha señalado la distinción entre, por un lado, las medidas especiales y temporales para la promoción de los grupos étnicos y, por el otro, los derechos permanentes de los pueblos indígenas.⁴⁵ El Comité aclaró que los derechos de los pueblos indígenas, comprendido el derecho a las tierras que tradicionalmente han ocupado, son derechos permanentes, que no deben confundirse con las medidas especiales de carácter temporal. “Los Estados partes

38 Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación general N° 20 (2009) sobre la no discriminación y los derechos económicos, sociales y culturales.

39 E/CN.4/1989/, párr. 5.

40 A/HRC/EMRIP/2012/4, párr. 87.

41 *Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam*, Corte Interamericana de Derechos Humanos, Sentencia del 28 de noviembre de 2007, Serie C, N° 172, párr. 103.

42 Recomendación General N° 32 (2009) sobre el significado y alcance de las medidas especiales en la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial.

43 Por ejemplo, véanse: Comité de Derechos Humanos, Observación general N° 18 (1989) sobre la no discriminación, párr. 10; Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial, Observación general N° 32 (2009) sobre el significado y alcance de las medidas especiales en la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial, párr. 15; Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Derechos de los Pueblos Indígenas y Tribales sobre sus Tierras Ancestrales y Recursos Naturales. Normas y jurisprudencia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos* (OEA/Ser.LV/II. Doc. 56/09, 2009), párr. 18. Véanse también las *Observaciones preliminares de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos sobre su visita a Honduras*, realizada del 15 al 18 de mayo de 2010 (DOC OEA/Ser.LV/II.,Doc.68), párr. 26.

44 Observación general N° 20 (2009) sobre la no discriminación y los derechos económicos, sociales y culturales.

45 CERD/C/NZL/CO/17 (2007), párr. 15.

deben observar meticulosamente, en su legislación y en su práctica, la distinción entre las medidas especiales y los derechos humanos permanentes. Esta distinción implica que los titulares de esos derechos permanentes pueden beneficiarse también de las medidas especiales”.⁴⁶

A menudo un enfoque de este tipo suele exigir que los Estados dediquen más recursos a los grupos especialmente vulnerables.⁴⁷ Al adoptar medidas encaminadas a lograr una igualdad real, es importante que los Estados faciliten también el derecho de los pueblos indígenas a participar en la toma de decisiones sobre las cuestiones que les atañen. Los Estados deberían velar por que las medidas especiales se conciban y apliquen sobre la base de la consulta previa a las comunidades afectadas y su participación activa.⁴⁸ Al mismo tiempo, la adopción de medidas especiales no debería socavar el reconocimiento otorgado a los derechos de los pueblos indígenas, en tanto que derechos particulares y permanentes.⁴⁹

Ejemplos de medidas especiales pueden verse en el reconocimiento que algunos Estados han otorgado al derecho colectivo de propiedad sobre las tierras indígenas.⁵⁰ En el caso del Endorois Welfare Council vs. Kenya, la Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, sostuvo que esas medidas especiales son necesarias para hacer frente a la discriminación padecida por los pueblos indígenas bajo un sistema de propiedad que no reconocía los derechos colectivos de propiedad del pueblo Endorois.⁵¹ En el caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam, la Corte Interamericana de Derechos Humanos afirmó que:

*... el objetivo y el fin de las medidas requeridas en nombre de los miembros de los pueblos indígenas y tribales es garantizar que podrán continuar viviendo su modo de vida tradicional y que su identidad cultural, estructura social, sistema económico, costumbres, creencias y tradiciones distintivas serán respetadas, garantizadas y protegidas por los Estados.*⁵²

El Relator Especial sobre los derechos de los pueblos indígenas ha advertido de que debe adoptarse un enfoque integral para elaborar medidas especiales con el fin de abordar las desigualdades. En particular, las políticas referentes a las desigualdades de fondo no deben limitarse a los aspectos sociales y económicos de la vida indígena, sino que deben abordar también el derecho a la libre determinación, el derecho a conservar la identidad cultural y el derecho a mantener los vínculos con las tierras tradicionales.⁵³ Por lo tanto, las medidas encaminadas al tratamiento de las desigualdades de fondo deben adoptarse en colaboración con los pueblos indígenas, de manera que les permitan asumir el control de sus asuntos, de conformidad con sus culturas y creencias.

La Declaración concede también una atención especial a la situación de las mujeres y los niños indígenas y exige que gocen de plena protección contra todas las formas de discriminación.⁵⁴ En particular, los hombres y las mujeres indígenas deben poder ejercer por igual todos los derechos que figuran en la

46 Recomendación General N° 32 (2009) sobre el significado y alcance de las medidas especiales en la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial.

47 Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación general N° 20 (2009) sobre la no discriminación y los derechos económicos, sociales y culturales, párr. 39.

48 Mecanismo de expertos sobre los derechos de los pueblos indígenas, “Estudio definitivo sobre los pueblos indígenas y el derecho a participar en la adopción de decisiones” (A/HRC/EMRIP/2011/2).

49 Mecanismo de expertos sobre los derechos de los pueblos indígenas, “Estudio sobre el papel de los idiomas y la cultura en la promoción y protección de la identidad y los derechos de los pueblos indígenas” (A/HRC/EMRIP/2012/3), párr. 87. Véase también Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial, Recomendación general N° 32 (2009) sobre el significado y alcance de las medidas especiales en la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial, párr. 15.

50 Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam, Corte Interamericana de Derechos Humanos, Sentencia del 28 de noviembre de 2007, Serie C, N° 172; Caso de la Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay, Corte Interamericana de Derechos Humanos, Sentencia del 17 de junio de 2005, Serie C, N° 125; Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua, Corte Interamericana de Derechos Humanos, Sentencia del 31 de agosto de 2001, Serie C, N° 79.

51 El Centre for Minority Rights Development (Kenya) y el Minority Rights Group International en representación del Endorois Welfare Council vs. Kenya, Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, 276/2003 (4 de febrero de 2010), párr. 196.

52 Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam, Corte Interamericana de Derechos Humanos, Sentencia del 28 de noviembre de 2007, Serie C, N° 172, párr. 32.

53 Relator Especial sobre los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas, “Informe sobre la situación de los pueblos indígenas en Australia” (A/HRC/15/37/Add.4, 2010), párr. 53.

54 Artículo 22 (2).

Declaración.⁵⁵ Es importante señalar que las políticas discriminatorias que se ejercen contra los pueblos indígenas repercuten de manera desproporcionada en las mujeres, debido a su pertenencia al género femenino.⁵⁶ El Mecanismo de expertos ha encomiado los programas de ámbito nacional que, al mismo tiempo que tratan de corregir las asimetrías existentes entre los pueblos indígenas y no indígenas, procuran de manera específica la igualdad entre hombres y mujeres en las comunidades indígenas.⁵⁷ En este sentido, es importante que los Estados fomenten la autonomía de las mujeres indígenas, velen por su participación en la concepción, la ejecución y el seguimiento de los programas y aprovechen sus iniciativas.

En ciertos momentos se ha considerado que existen tensiones entre el derecho a la igualdad y el derecho de los pueblos indígenas a su cultura. Se ha afirmado que las costumbres y tradiciones indígenas pueden ser discriminatorias, en particular con respecto a las mujeres. Por ejemplo, algunas prácticas culturales pueden estorbar la educación de las niñas o impedir que las mujeres hereden tierras o participen en la adopción de decisiones.⁵⁸ El Mecanismo de expertos ha advertido que esas prácticas no deberían evaluarse desde una perspectiva no indígena. Lo que pudiera considerarse discriminatorio podría ser comprendido en el contexto de las prácticas culturales y la historia de los pueblos indígenas. Al evaluar tales prácticas, debe darse prioridad al punto de vista de la víctima de la presunta discriminación. En realidad, la perspectiva de las mujeres indígenas es a menudo singular y diferente de las perspectivas de las mujeres que no son indígenas. Al mismo tiempo, debe erradicarse la discriminación contra los individuos.⁵⁹

El artículo 46 (2) de la Declaración estipula que toda limitación se aplicará “con arreglo a las obligaciones internacionales en materia de derechos humanos”. Además, esas limitaciones “no serán discriminatorias y serán sólo las estrictamente necesarias para garantizar el reconocimiento y respeto debidos a los



Mujeres del pueblo Wayuu, uno de los grupos indígenas más numerosos de Colombia, se ganan la vida mediante la artesanía en la aldea de Pessuapa, cercana a la frontera con Venezuela. Foto: Naciones Unidas/Gill Fickling.

55 Artículo 44.

56 Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial, Recomendación general N° 25 (2000) relativa a las dimensiones de la discriminación racial relacionadas con el género, párr. 2.

57 A/HRC/EMRIP/2012/4, párr. 69.

58 Organización Internacional del Trabajo, *Los Derechos de los Pueblos Indígenas y Tribales en la Práctica - Una Guía sobre el Convenio N° 169 de la OIT* (2009).

59 A/HRC/EMRIP/2012/3, párr. 86-87.

derechos y las libertades de los demás y para satisfacer las justas y más apremiantes necesidades de una sociedad democrática”.

2. IDENTIDAD PROPIA E INTEGRIDAD CULTURAL

La cultura de los pueblos indígenas es un elemento definitorio de su identidad. En muchos casos, las repercusiones de las políticas de asimilación sobre los idiomas y las culturas indígenas han sido sumamente nocivas y han puesto en peligro la existencia misma de esas culturas.

La Declaración estipula la protección de la identidad propia y la integridad cultural de los pueblos indígenas por medio de:

- El derecho a conservar y reforzar sus propias instituciones culturales.⁶⁰
- El derecho a pertenecer a una comunidad o nación, de conformidad con las costumbres de la comunidad o nación de que se trate.⁶¹
- El derecho a practicar, revitalizar y transmitir sus costumbres y tradiciones culturales.⁶²
- El derecho a establecer y controlar sus sistemas e instituciones docentes que impartan educación en sus propios idiomas.⁶³
- El derecho a promover, desarrollar y mantener sus estructuras institucionales, costumbres, espiritualidad, tradiciones y sistemas jurídicos.⁶⁴
- El derecho a mantener, controlar y desarrollar su patrimonio cultural y sus conocimientos tradicionales.⁶⁵
- El derecho a no ser sometidos a la asimilación forzada o la destrucción de su cultura.⁶⁶

En este contexto, cabe señalar que en el artículo 8 (j) del Convenio sobre la Diversidad Biológica se estipula que el Estado “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 conocimientos derivados de la utilización de esos conocimientos, innovaciones y prácticas se compartan equitativamente”.

Los Estados también tienen la obligación de tomar medidas para la prevención y el resarcimiento de todo acto que tenga por objeto o consecuencia privar a los pueblos indígenas de su integridad como pueblos distintos o de sus valores culturales o de su identidad étnica, y de toda forma de asimilación o integración forzada.⁶⁷

El Mecanismo de expertos ha formulado la siguiente definición no exhaustiva de cultura indígena:

Las culturas de los pueblos indígenas comprenden manifestaciones tangibles e intangibles de sus modos de vida, realizaciones y creatividad, y son una expresión de su libre determinación y de sus relaciones espirituales y físicas con sus tierras, territorios y recursos. La cultura indígena es un concepto holístico basado en valores materiales y espirituales comunes, e incluye manifestaciones distintivas en el idioma, la espiritualidad, la composición del grupo, las artes, la literatura, los conocimientos tradicionales, las costumbres, los ritos, las ceremonias, los métodos de producción, los festejos, la música, los deportes y juegos tradicionales, el comportamiento,

60 Artículo 5.

61 Artículo 9.

62 Artículo 11.

63 Artículos 14 y 15. Véase también A/HRC/EMRIP/2012/3.

64 Artículo 34.

65 Artículo 31.

66 Artículo 8 (1).

67 Artículo 8 (2).

*los hábitos, las herramientas, la vivienda, las prendas de vestir, las actividades económicas, la moral, los sistemas de valor, las cosmovisiones, las leyes y actividades tales como la caza, la pesca, la caza con trampas y la recolección silvestre.*⁶⁸

El Comité de Derechos Humanos ha declarado que, para hacer realidad el derecho a la cultura de los pueblos indígenas, puede ser necesario cumplir también con otra gama de derechos. Entre éstos figuran el derecho a participar en actividades tradicionales,⁶⁹ el derecho al acceso a las tierras, territorios y recursos;⁷⁰ el derecho a la familia;⁷¹ y el derecho a participar en el proceso de adopción de decisiones que afecten sus derechos culturales.⁷²

El Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial ha exhortado a los Estados a que “reconozcan y respeten la cultura, la historia, el idioma y el modo de vida de los pueblos indígenas como un factor de enriquecimiento de la identidad cultural del Estado y garanticen su preservación”; para que “proporcionen a los pueblos indígenas las condiciones que les permitan un desarrollo económico y social sostenible, compatible con sus características culturales” y que “garanticen que las comunidades indígenas puedan ejercer su derecho a practicar y reavivar sus tradiciones y costumbres culturales y preservar y practicar su idioma”.⁷³

Además, el concepto indígena de espiritualidad está intrínsecamente vinculado a la cultura. La adopción de políticas que promueven determinadas religiones o que prohíben las prácticas espirituales indígenas, o la incapacidad de las leyes o de otras instituciones gubernamentales, tales como la policía y los tribunales, para respetar esas prácticas pueden socavar el derecho a la cultura. El Mecanismo de expertos ha puesto de relieve el derecho de los pueblos indígenas a repatriar sus objetos de culto y restos humanos, lo que podría exigir la cooperación de algunas personas y de las instituciones que conservan esos restos, entre otras, los museos.⁷⁴ El Relator Especial sobre los derechos de los pueblos indígenas ha elogiado los esfuerzos encaminados a promover la diversidad cultural mediante políticas y programas que tratan de apoyar los aspectos estéticos de la expresión cultural, pero ha hecho hincapié también en que los Estados deben igualmente comprometerse a reconocer la diversidad cultural en todas sus formas, comprendidas las estructuras políticas y sociales, las modalidades de uso de la tierra y las estrategias de desarrollo.⁷⁵

El Mecanismo de expertos ha insistido además en que las mujeres y los niños indígenas suelen ser depositarios de importantes conocimientos culturales.⁷⁶ Sin embargo, unas y otros pueden verse afectados de forma desproporcionada por las violaciones del derecho a la cultura. En este sentido, el Comité de los Derechos del Niño ha afirmado que los Estados deberían adoptar medidas especiales para garantizar el derecho a la cultura de los niños indígenas.⁷⁷ Al aprobar dichas medidas, los Estados deberían prestar atención al significado de la índole colectiva del ejercicio de esos derechos por parte de los niños indígenas y la necesidad de que los pueblos indígenas participen en la adopción de las

68 A/HRC/EMRIP/2012/3, párr. 51-52. Véase también Comité de Derechos Humanos, Observación general N° 23 (1993) sobre el artículo 27 (derechos de las minorías), párr. 7; y Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación general N° 21 (2009) sobre el derecho a la cultura, párr. 10.

69 *Lansman vs. Finland*, Comunicación N° 511/1992, dictamen aprobado el 26 de octubre de 1994.

70 *Bernard Ominayak, Jefe de la Lubicon Lake Band vs. Canadá*, Comunicación N° 167/1984, dictamen aprobado el 26 de marzo de 1990. Véase también: Comité de Derechos Humanos, Observación general N° 23 (1993) sobre el artículo 27 (derechos de las minorías), párr. 3.2 y 7.

71 *Hopu & Bessert vs. Francia*, Comunicación N° 549/1993, dictamen aprobado el 29 de julio de 1997.

72 *Mahuika vs. Nueva Zelanda*, Comunicación N° 547/1993, dictamen aprobado el 15 de noviembre de 2000. El Comité de Derechos Humanos declaró que el derecho a la libre determinación está intrínsecamente vinculado al derecho a la cultura. El Comité sostuvo que, con arreglo a los artículos 1 y 27 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, los Estados deberían conceder a los pueblos indígenas más influencia en la adopción de decisiones que afecten a su entorno natural, sus medios de subsistencia y sus propias culturas. Véase: Comité de Derechos Humanos, “Observaciones finales sobre los Estados Unidos de América” (15 de septiembre de 2006), párr. 37; y Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Comentario general N° 21 (2009) sobre el derecho a participar en la vida cultural, párr. 3, 7, y 36-37.

73 Recomendación general N° 23 (1997) sobre los pueblos indígenas.

74 A/HRC/EMRIP/2012/3, párr. 56-61.

75 “La situación de los pueblos indígenas en Botswana” (A/HRC/15/37/Add.2), párr. 30.

76 A/HRC/EMRIP/2012/3, párr. 79.

77 Comité de los Derechos del Niño, Observación general N° 11 (2009) sobre los niños indígenas y sus derechos en virtud de la Convención.

decisiones relativas a los mejores intereses de sus niños, lo que incluye la necesidad de una sensibilidad cultural.⁷⁸ La enseñanza de idiomas es absolutamente esencial para la preservación de las culturas indígenas. Es importante que se adopten medidas eficaces para preservar las lenguas indígenas, que los niños indígenas reciban educación en su propio idioma durante los primeros años de escolaridad y que se les imparta una enseñanza multicultural que no menoscabe su identidad cultural.

3. EL SIGNIFICADO DE LOS DERECHOS COLECTIVOS

En los artículos 1 y 2 de la Declaración se estipula que los pueblos indígenas tienen derecho al disfrute pleno de todos los derechos humanos y libertades fundamentales y a no ser objeto de discriminación, ni como pueblos ni como individuos. En la Declaración se otorga preeminencia a los derechos colectivos en un grado sin precedentes en el derecho internacional de derechos humanos.

Los pueblos indígenas suelen organizar sus sociedades colectivamente. El Mecanismo de expertos ha explicado la dimensión colectiva del modo de vida de los indígenas:

A menudo las culturas indígenas encarnan valores de responsabilidad colectiva y respeto por los ancianos, los antepasados, los espíritus y la comunidad. Estos valores pueden guiar el comportamiento de los individuos indígenas en la vida cotidiana... Los pueblos indígenas tienen estructuras e instituciones singulares que se han desarrollado con el tiempo. Estas estructuras suelen basarse en la familia como unidad primordial y se expanden en forma de instituciones comunales y sociales más amplias, y en general se gobiernan por el derecho indígena y el magisterio sagrado.⁷⁹

Habida cuenta del carácter colectivo inherente a las culturas indígenas, los derechos individuales no siempre resultan adecuados para la plena expresión de los derechos de los pueblos indígenas.



Un padre del pueblo *Squamish* con su hija. Bella Bella, Heiltsuk Nation, Canadá. Foto: Naciones Unidas/John Isaac.

⁷⁸ Ibid.

⁷⁹ A/HRC/EMRIP/2012/3, párr. 53-54.

Los derechos que figuran en la Declaración tratan de proteger, además de los derechos individuales, los derechos colectivos de los pueblos indígenas, porque el reconocimiento de estos derechos es necesario para garantizar la continuidad de la existencia, el desarrollo y el bienestar de esos pueblos, en cuanto comunidades específicas. La experiencia del pasado ha puesto de manifiesto que, a menos que se respeten los derechos colectivos de los pueblos indígenas, se corre el riesgo de que sus culturas desaparezcan a causa de la asimilación forzosa en la sociedad dominante.

La idea de que los pueblos indígenas pueden ser titulares colectivos de derechos, tales como el derecho a la propiedad, es coherente con el principio de no discriminación y el derecho a la cultura. Por ejemplo, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales ha pedido información a un Estado Parte sobre la protección de los derechos colectivos de los pueblos indígenas en lo tocante a sus conocimientos tradicionales y su patrimonio cultural, incluidas sus tierras ancestrales, en tanto que parte integral de su identidad cultural.⁸⁰ La Corte Interamericana de Derechos Humanos y la Comisión Interamericana de Derechos Humanos han confirmado en diversos casos que los pueblos indígenas tienen derechos colectivos de propiedad sobre sus tierras y recursos.

Por ejemplo, en el caso de *Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua*, la Corte sostuvo que:

*Entre los indígenas existe una tradición comunitaria sobre una forma comunal de la propiedad colectiva de la tierra, en el sentido de que la pertenencia de ésta no se centra en un individuo sino en el grupo y su comunidad. Los indígenas por el hecho de su propia existencia tienen derecho a vivir libremente en sus propios territorios; la estrecha relación que los indígenas mantienen con la tierra debe de ser reconocida y comprendida como la base fundamental de sus culturas, su vida espiritual, su integridad y su supervivencia económica.*⁸¹

La Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos llegó a la misma conclusión y reconoció los derechos colectivos a las tierras en el caso del *Endorois Welfare Council vs. Kenya*.⁸²

Tanto los órganos creados en virtud de los tratados de las Naciones Unidas como el Mecanismo de expertos han reconocido la necesidad de facilitar el ejercicio de los derechos colectivos de los pueblos indígenas. Por ejemplo, el elemento colectivo de las culturas indígenas se refleja en su ética tradicional de trabajo, valores comunales y estructuras sociales basadas en el núcleo familiar. En las comunidades indígenas estos valores se expresan, por ejemplo, mediante mecanismos tales como el consejo de ancianos, a los que tradicionalmente se les concede autoridad para abordar los problemas de la comunidad.

El Mecanismo de expertos ha señalado que la imposición de estructuras gubernamentales y otros órganos administrativos ha socavado los mecanismos tradicionales, tales como los dispositivos por los que se expresan los aspectos colectivos subyacentes en las culturas indígenas.⁸³ En realidad, las exigencias gubernamentales de que los pueblos indígenas se organicen en formas que resulten aceptables para los gobiernos podrían no ser coherentes con las modalidades de organización de los indígenas y, por ende, socavar sus culturas.

Además, la Declaración trata de proteger y preservar los conocimientos tradicionales de los pueblos indígenas, incluidas las expresiones culturales, así como sus recursos genéticos. Numerosos marcos jurídicos vigentes protegen hoy la propiedad intelectual de las personas en tanto que individuos y no los intereses de propiedad intelectual de una comunidad o un grupo, por lo que son incapaces de proteger adecuadamente los derechos colectivos de los pueblos indígenas.⁸⁴ El Mecanismo de expertos ha hecho hincapié en la necesidad de que los mecanismos jurídicos internacionales aborden esas lagunas y otorguen plena protección a los derechos de los pueblos indígenas, con arreglo a la Declaración.⁸⁵

80 "Observaciones Finales sobre Argentina" (14 de diciembre de 2011), párr. 12 y 25.

81 *Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua*, Corte Interamericana de Derechos Humanos, Sentencia del 31 de agosto de 2001, Serie C, N° 79, párr. 149.

82 *El Centre for Minority Rights Development (Kenya) y el Minority Rights Group International en representación del Endorois Welfare Council vs. Kenya*, Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, 276/2003 (4 de febrero de 2010).

83 A/HRC/EMRIP/2012/3, párr. 52 y 55.

84 *Ibid.*, párr. 62.

85 *Ibid.*

Es posible que en la práctica surjan interrogantes sobre quién ha de representar a los beneficiarios de los derechos colectivos. Esta cuestión puede revestir especial importancia cuando se trate de cumplir con obligaciones vinculadas a la adquisición del consentimiento libre, previo e informado, la repartición justa y equitativa de beneficios y la interposición de recursos judiciales. El Mecanismo de expertos ha insistido en que, cuando no esté claro quiénes son los legítimos representantes, se debería permitir que las comunidades indígenas solucionaran el asunto con arreglo a sus costumbres, su cultura y sus instituciones de adopción de decisiones.⁸⁶



Un niño juega con un cartel durante la conmemoración del Día Internacional de los Pueblos Indígenas del Mundo. Sede de las Naciones Unidas, Nueva York. Foto: Naciones Unidas/Stephenie Hollyman.

⁸⁶ Mecanismo de expertos sobre los derechos de los pueblos indígenas, "Informe de seguimiento sobre los pueblos indígenas y el derecho a participar en la adopción de decisiones, con especial atención a las industrias extractivas" (A/HRC/EMRIP/2012/2), párr. 15-16.

El Relator Especial sobre los derechos de los pueblos indígenas ha destacado varios mecanismos jurídicos que permiten realizar consultas de amplio espectro con los pueblos indígenas en todos los asuntos que afectan directamente a sus intereses y que entrañan la obligación de aportar información en todas las fases del proceso de adopción de decisiones, y ha afirmado que dichos mecanismos constituyen prácticas idóneas que contribuyen a velar por los derechos colectivos de los pueblos indígenas.⁸⁷ Otra buena práctica que el Relator Especial ha puesto de relieve es el reconocimiento jurídico de las aldeas indígenas como unidades administrativas.⁸⁸

PUNTOS CLAVE: CAPÍTULO 2

- **La eliminación de la discriminación formal exige que la constitución, las leyes, las regulaciones o las políticas del Estado no discriminen a los pueblos indígenas**
- **La eliminación de la discriminación de hecho exige que el Estado aplique leyes y políticas que faciliten la igualdad sustancial de los pueblos indígenas en el ejercicio de sus derechos y que adopte medidas especiales.**
- **El Mecanismo de expertos ha encomiado a los programas de ámbito nacional que, además de intentar corregir los desequilibrios entre los pueblos indígenas y los no indígenas, traten específicamente de velar por la igualdad entre los hombres y las mujeres indígenas.**
- **La Declaración no define de manera específica el concepto de “cultura”. El Mecanismo de expertos ha señalado que no es necesario definir la cultura y que incluso podría ser inadecuado tratar de definirla. Debería adoptarse un enfoque de amplio espectro de las culturas indígenas.**
- **Los pueblos indígenas suelen organizar sus sociedades en forma colectiva, por lo que el reconocimiento de los derechos colectivos resulta fundamental para ellos.**



87 “La situación del pueblo sami en la región de Sápmi de Noruega, Suecia y Finlandia” (A/HRC/18/35/Add.2), párr. 16.

88 “La situación de los pueblos indígenas en la República del Congo” (A/HRC/18/35/Add.5), párr. 42.

Capítulo 3:

Contenido de la Declaración: Libre determinación; autonomía; participación, consultas y consentimiento

PREGUNTAS FUNDAMENTALES

- ¿Qué es la libre determinación?
- ¿Por qué el derecho a la libre determinación reviste importancia para los pueblos indígenas?
- ¿Qué pueden hacer los pueblos indígenas para promover y ejercer su derecho a la libre determinación?
- ¿Qué métodos deberían usarse en las consultas con los pueblos indígenas? ¿Qué significa el consentimiento libre, previo e informado?
- ¿Cuándo se aplica el derecho al consentimiento?



1. EL DERECHO A LA LIBRE DETERMINACIÓN, LA AUTONOMÍA, EL AUTOGOBIERNO Y LAS INSTITUCIONES INDÍGENAS

Los pueblos indígenas poseen una larga tradición de autogobierno, métodos independientes de adopción de decisiones y autosuficiencia institucional. Aunque las circunstancias específicas son muy diversas, a lo largo de su historia los pueblos indígenas del mundo han ejercido lo que ahora se denomina el derecho a la libre determinación como un derecho intrínseco, derivado de sus estructuras políticas, económicas y sociales, así como de sus culturas, tradiciones espirituales, historia y filosofía.⁸⁹

Las pautas discriminatorias históricas y, en muchos casos, contemporáneas han estorbado el libre ejercicio del derecho a la libre determinación de los pueblos indígenas y han interferido en su capacidad de controlar las decisiones que repercuten en su vida cotidiana. Son numerosos los casos en los que la falta de una participación significativa de los pueblos indígenas en la adopción de decisiones ha acarreado consecuencias nocivas, marginación y un legado de problemas económicos, sociales, culturales y físicos.

El derecho de los pueblos indígenas a la autonomía y el autogobierno está reflejado a lo largo de la Declaración, pero principalmente en los artículos 3 y 4. En estas disposiciones se afirma que:

... los pueblos indígenas tienen derecho a la libre determinación ... en ejercicio de su derecho a la libre determinación, tienen derecho a la autonomía o el autogobierno en las cuestiones relacionadas con sus asuntos internos y locales.

Con arreglo a las normas contemporáneas del derecho internacional, la afirmación de la libre determinación que figura en la Declaración se considera compatible con el principio de integridad territorial y unidad

89 Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, párrafo 7 del preámbulo.

política de los Estados soberanos e independientes.⁹⁰ En el artículo 3 de la Declaración se afirma el derecho de los pueblos indígenas a la libre determinación, en términos que reflejan las disposiciones comunes del artículo 1 de los dos Pactos Internacionales de 1966 sobre los derechos civiles y políticos, y sobre los derechos económicos, sociales y culturales. La Declaración estipula que su aplicación se realizará en función de las circunstancias específicas de los pueblos indígenas.

Por consiguiente, los pueblos indígenas tienen derecho a determinar su propio desarrollo económico, social y cultural, y a gestionar, en beneficio propio, sus recursos naturales. El deber de consultar con los pueblos indígenas y de obtener su consentimiento libre, previo e informado son elementos fundamentales del derecho a la libre determinación.⁹¹

Es importante señalar que los comités que supervisan la aplicación del artículo 1 común a ambos Pactos han confirmado que este derecho se aplica a los pueblos indígenas, entre otros pueblos. Por ejemplo, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales manifestó en un caso su preocupación “por la precaria situación de las comunidades indígenas en el Estado Parte, que afecta a su derecho a la libre determinación consagrado en el artículo 1 del Pacto” e instó “al Estado Parte a que redoble sus esfuerzos para mejorar la situación de los pueblos indígenas y garantizar que no se les prive de sus medios de subsistencia”.⁹²

El derecho a la libre determinación es un derecho colectivo que ejercen todos los miembros de una nación o comunidad indígena en tanto que grupo y debe ejercerse con arreglo a los principios de justicia, democracia, respeto de los derechos humanos, igualdad, no discriminación, buena gobernanza y buena fe.⁹³ Al igual que todos los demás derechos que figuran en la Declaración, el derecho a la libre determinación es universal, inalienable e indivisible. Asimismo, todos los derechos de la Declaración son interdependientes y están relacionados entre sí.⁹⁴ Aunque a todos los derechos que figuran en la Declaración se les considera de igual rango, el derecho a la libre determinación ha sido calificado de “derecho fundamental”, sin el cual los pueblos indígenas no pueden ejercer plenamente los demás derechos humanos ni en forma colectiva ni de manera individual.⁹⁵ En consecuencia, el derecho a la libre determinación debería ser una consideración omnipresente en la aplicación de la Declaración y es esencial para que los pueblos indígenas sigan existiendo como pueblos distintivos.⁹⁶

Las estructuras autónomas de índole política, económica y social de los pueblos indígenas sirven de apoyo al ejercicio efectivo de su derecho a la libre determinación. La Declaración reconoce el derecho de los pueblos indígenas a la autonomía o el autogobierno en las cuestiones relacionadas con sus asuntos internos y locales (artículo 4), así como el derecho a conservar y reforzar sus propias instituciones políticas, jurídicas, económicas, sociales y culturales, manteniendo a la vez su derecho a participar plenamente, si lo desean, en la vida política, económica, social y cultural del Estado (artículo 5). En la Declaración se reconoce también que los pueblos indígenas tienen derecho a promover, desarrollar y mantener sus estructuras institucionales y sus propias costumbres, espiritualidad, tradiciones, procedimientos, prácticas y, cuando existan, sistemas jurídicos, de conformidad con las normas internacionales de derechos humanos (artículo 34).

En la Declaración se afirma que los pueblos indígenas tienen derecho a disponer de medios para financiar sus funciones autónomas (artículo 4) y que además tienen derecho a recibir asistencia técnica y financiera de los Estados y, por conducto de la cooperación internacional, para el disfrute de los derechos enunciados en la Declaración (artículo 39). El Relator Especial sobre los derechos de los

90 Artículo 46 (1).

91 Mecanismo de expertos sobre los derechos de los pueblos indígenas, “Estudio definitivo sobre los pueblos indígenas y el derecho a participar en la adopción de decisiones” (A/HRC/EMRIP/2011/2).

92 Observaciones finales del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales: Federación de Rusia (E/C.12/1/Add.94), párr. 11 y 39.

93 Artículo 46 (3).

94 Grupo Interinstitucional de Apoyo sobre cuestiones indígenas, *Directrices sobre los asuntos de los pueblos indígenas del Grupo de Desarrollo de las Naciones Unidas* (22 de octubre de 2009), pág. 27.

95 Relator Especial sobre los derechos de los pueblos indígenas, “La situación de los pueblos indígenas en el Brasil” (A/HRC/12/34/Add.2, 2009), párr. 22.

96 Grupo Interinstitucional de Apoyo sobre cuestiones indígenas, *Directrices sobre los asuntos de los pueblos indígenas del Grupo de Desarrollo de las Naciones Unidas* (22 de octubre de 2009), pág. 17.

pueblos indígenas recomendó a un Estado que proporcionara financiación suficiente para que los pueblos indígenas pudieran ejercer eficazmente sus funciones de autogobierno.⁹⁷

Como se ha señalado, los pueblos indígenas son “distintos de otras unidades mayores que interactúan social y políticamente, pero están vinculados a ellas”.⁹⁸ La libre determinación sirve de base a esa interacción y la participación efectiva de los pueblos indígenas propicia el diálogo eficaz y de buena fe:

*La condición esencial para concretar en la práctica el derecho a la libre determinación es la confianza entre los pueblos. La confianza es imposible sin la colaboración, el diálogo y el respeto. Los gobiernos no tienen nada que temer de los pueblos indígenas; ellos pueden aprender a respetar y confiar... para ser capaces de convivir pacíficamente, sin explotación ni dominación, [los pueblos indígenas y los gobiernos] deben renegociar continuamente los términos de su relación.*⁹⁹

Por consiguiente, el reconocimiento y la promoción del derecho a la libre determinación de los pueblos indígenas refuerzan el proceso de establecer y mantener relaciones constructivas entre dichos pueblos y los Estados, y facilitan los esfuerzos mutuos encaminados a superar el legado de injusticias históricas:

*El derecho a la libre determinación de los pueblos indígenas debe interpretarse en general como el derecho a negociar libremente su condición jurídica y social y su representación en el Estado en que viven. La mejor forma de describir este proceso sería decir que se trata de una especie de segunda fundación del Estado gracias a la cual se brinda a los pueblos indígenas la oportunidad de unirse a todos los demás pueblos que constituyen el Estado en condiciones justas y mutuamente convenidas, después de muchos años de aislamiento y exclusión. Esto no significa que los indígenas se asimilarán y convertirán en ciudadanos que no se distinguirán de los demás, sino que los distintos pueblos serán reconocidos e incorporados en la estructura del Estado, en las condiciones convenidas.*¹⁰⁰

Existen múltiples estrategias para lograr la aplicación sustantiva del derecho a la libre determinación en el contexto estatal y las más eficaces son las que se formulan con la colaboración de los pueblos indígenas.



Jóvenes de la étnia Salasaca en Ambato (Ecuador). Foto: Naciones Unidas/Milton Grant.

97 A/HRC/18/35/Add.2, párr. 78.

98 J. Anaya, “The right of indigenous peoples to self-determination in the post-Declaration era”, en el volumen *Making the Declaration Work: The United Nations Declaration on the Rights of Indigenous Peoples*, C. Charters y R. Stavenhagen, editores (2009), pág. 193.

99 E. Daes, “Striving for self-determination for indigenous peoples” en el volumen *In pursuit of the right to self-determination*, Y. Kly y D. Kly, editores. (2000), pág. 57.

100 E/CN.4/Sub.2/1993/26/Add.1, párr. 26.

INFORME PROVISIONAL DEL RELATOR ESPECIAL SOBRE LA SITUACIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS Y LAS LIBERTADES FUNDAMENTALES DE LOS INDÍGENAS (A/65/264, 2010).

La promoción de la libre determinación es una cuestión de dignidad humana básica, y un elemento que propicia la obtención de buenos resultados en la práctica. Entre los objetivos que deben alcanzarse en este sentido figuran los siguientes:

- (a) Mejorar la educación y aptitudes de los indígenas en esferas pertinentes, a fin de que los propios pueblos indígenas puedan dialogar y participar en los diversos componentes de los programas y proyectos de desarrollo que les afectan en el mundo moderno, incluidos los proyectos de extracción de recursos naturales;
- (b) Fortalecer las instituciones y estructuras de autogobierno propias de los pueblos indígenas, que les permitan tomar el control de sus propios asuntos en todos los aspectos de sus vidas y garantizar que los procesos de desarrollo se ajusten a sus propias pautas culturales, valores, costumbres y visiones del mundo;
- (c) Dar a los pueblos indígenas la oportunidad de participar como asociados en pie de igualdad en el proceso de desarrollo cuando intervengan sus intereses particulares y los intereses de las sociedades más amplias de las que forman parte, lo que les permite influir realmente en las decisiones relativas a las actividades de desarrollo, participar plenamente en su concepción y ejecución, y recibir directamente cualquier beneficio económico o de otro tipo que se derive de ellos;
- (d) Dar a los pueblos indígenas la oportunidad de seguir avanzando y mejorando el proceso de adopción de decisiones sobre desarrollo en virtud de sus propios términos, y remediar las deficiencias a través de sus propias formas internas de reglamentación y rendición de cuentas. En ese sentido, se debería dar a los pueblos indígenas la oportunidad de cometer errores, aprender de esos errores, y construir cada vez una mayor capacidad y sabiduría para avanzar en sus propios objetivos de desarrollo y opciones sobre el futuro.



Los pueblos indígenas pueden ejercer la libre determinación participando en los procesos jurídicos y de adopción de decisiones del Estado e influyendo en ellos. Un ejemplo de esto puede verse en la Ley N° 5 de 2011 sobre la promoción y protección de los derechos de los pueblos indígenas en la República del Congo que, según ha declarado el Relator Especial sobre los derechos de los indígenas, se elaboró de manera participativa y sirve como modelo de “práctica idónea en la región para el reconocimiento y la protección de los derechos de los pueblos indígenas”.¹⁰¹

Los pueblos indígenas también pueden ejercer cierto grado de control sobre la legislación y las funciones administrativas del Estado en ámbitos que atañen a sus naciones o comunidades, mediante la descentralización de las competencias del Estado. Los parlamentos de los pueblos *Saami* de Noruega, Suecia y Finlandia son ejemplos de transferencia de competencias en materia de adopción de decisiones.¹⁰² Otra opción para hacer realidad el derecho a la libre determinación es el reconocimiento de las instituciones políticas y jurídicas de los indígenas por parte del Estado y el ejercicio directo de la capacidad de adoptar decisiones con arreglo a sus propias leyes, tradiciones y costumbres.

Además de estas estrategias, algunos Estados, en colaboración con los pueblos indígenas, han tomado medidas importantes para fortalecer las capacidades legislativa y administrativa de sus comunidades, al

101 A/HRC/18/35/Add.5, párr. 41.

102 A/HRC/18/35/Add.2.

garantizarles una representación en los órganos legislativos, suscribir con ellas acuerdos de autogobierno amparados constitucionalmente e instaurar la obligación legal de consultar con los pueblos indígenas las decisiones administrativas y legislativas que podrían repercutir en sus intereses.¹⁰³

Por ejemplo, en el parlamento de Nueva Zelanda hay escaños especialmente reservados para los indígenas Maorí, cuyo número se determina en función del censo electoral de esa población. De modo análogo, la Constitución de Burundi estipula que los indígenas *Batwa* disponen de seis escaños reservados en la Asamblea Nacional y el Senado. También la Constitución de la India establece que deben reservarse escaños en el parlamento para las tribus registradas indígenas.

Tal como quedó señalado, el derecho a la libre determinación es polifacético y resulta pertinente para el ejercicio sustantivo de todos los derechos amparados por la Declaración, comprendido el derecho a mantener y desarrollar estructuras institucionales que apoyen el ejercicio del derecho a la libre determinación. En la Declaración se reconoce de manera específica el derecho de los pueblos indígenas a establecer y controlar sus sistemas e instituciones docentes (artículo 14) y a promover, desarrollar y mantener sus propias costumbres y sistemas jurídicos (artículo 34). El ejercicio del derecho a la libre determinación suele expresarse mediante la concertación de tratados, acuerdos y arreglos constructivos basados en el mutuo consentimiento de los pueblos indígenas y los Estados.¹⁰⁴ También es preciso señalar que en la Declaración se estipula claramente que el ejercicio de los derechos que en ella figuran no ampara actividades o derechos que puedan quebrantar o menoscabar la integridad territorial o la unidad política de Estados soberanos e independientes.¹⁰⁵

La jurisprudencia de los órganos y mecanismos de las Naciones Unidas ofrece orientaciones importantes acerca de la aplicación del derecho a la libre determinación. Por ejemplo, el Relator Especial sobre los derechos de los pueblos indígenas recomendó a un Estado que otorgara un reconocimiento efectivo a las instituciones, autoridades o leyes consuetudinarias de los pueblos indígenas, en la medida que fuera compatible con los criterios universales de derechos humanos. Asimismo recomendó que se fomentara la capacidad de los pueblos indígenas para adoptar decisiones en lo tocante a la prestación de servicios gubernamentales en sus comunidades, se reforzara su representación en las instituciones legislativas, ejecutivas y judiciales en los planos local, estatal y federal, y se realizaran las consultas apropiadas con los pueblos indígenas en relación con todas las decisiones legislativas o administrativas que pudiesen afectarles.¹⁰⁶

El derecho a la libre determinación también está estrechamente vinculado a los derechos de los pueblos indígenas sobre sus tierras y recursos naturales, que fueron definidos por el Relator Especial como un requisito indispensable para la existencia permanente de dichos pueblos en el mundo entero, en tanto que entidades específicas.¹⁰⁷

La promoción y el ejercicio del derecho a la libre determinación exigen además la participación activa de los pueblos indígenas con miras a crear y fortalecer sus propias instituciones y otros aspectos de ese derecho. El Relator Especial señaló que “los pueblos indígenas deben tratar de fortalecer sus capacidades para controlar y administrar sus propios asuntos y participar eficazmente en todas las decisiones que les afecten, en un espíritu de colaboración y asociación con las autoridades gubernamentales y las ONG con las que decidan colaborar”.¹⁰⁸ El fortalecimiento de las instituciones y estructuras de autogobierno de los pueblos indígenas es un paso importante hacia su empoderamiento, con el fin de que asuman el control de sus propios asuntos en todos los ámbitos de la vida y para velar por que los procesos de desarrollo sean coherentes con sus propios esquemas culturales, valores, costumbres y cosmovisiones.

103 Unión Interparlamentaria, *Implementing the United Nations Declaration on the Rights of Indigenous Peoples: A Handbook for Parliaments* (2012).

104 Véase el artículo 37 de la Declaración y la Opinión N° 2 (2011) del Mecanismo de expertos sobre los derechos de los indígenas, relativa al derecho de los pueblos indígenas a participar en la adopción de decisiones, párr. 34.

105 Artículo 46 (1).

106 A/HRC/12/34/Add.2, párr. 78-82.

107 A/HRC/18/35/Add.2, párr. 79.

108 A/HRC/18/35/Add.5, párr. 90.

2. PARTICIPACIÓN Y CONSULTA

El derecho internacional de derechos humanos hace referencia al derecho a participar, tanto de manera general como específica.¹⁰⁹ La Declaración contiene más de 20 disposiciones en las que se afirma el derecho de los pueblos indígenas a participar en la adopción de decisiones, desglosado como, entre otros, (a) el derecho a la libre determinación; (b) el derecho a la autonomía o el autogobierno; (c) el “derecho a participar”; (d) el “derecho a tomar parte activa”; (e) la obligación de los Estados de “obtener el consentimiento libre, previo e informado”; (f) la obligación de recabar el “libre acuerdo” de los pueblos indígenas; (g) el deber de “consultar y colaborar” con los pueblos indígenas; (h) la obligación de tomar medidas “conjuntamente con” los pueblos indígenas; y (i) el deber de conceder el debido “respeto a las costumbres” de los pueblos indígenas.¹¹⁰

El artículo 18 de la Declaración estipula que “los pueblos indígenas tienen el derecho a participar en la adopción de decisiones en las cuestiones que afecten a sus derechos, por conducto de representantes elegidos por ellos de conformidad con sus propios procedimientos, así como a mantener y desarrollar sus propias instituciones de adopción de decisiones”.

En la Declaración se pide a los Estados que consulten y colaboren de buena fe con los pueblos indígenas interesados, por medio de sus instituciones representativas, a fin de obtener su consentimiento libre, previo e informado, antes de adoptar y aplicar medidas legislativas o administrativas que les afecten (artículo 19).

El derecho a participar también está presente en los artículos de la Declaración en los que se afirma el derecho de los pueblos indígenas a que se les consulte o se les pida su consentimiento en lo tocante a las decisiones que podrían afectar a sus intereses.

El Mecanismo de expertos ha abordado la relación entre el derecho a la libre determinación y la participación de los pueblos indígenas en la adopción de decisiones, haciendo hincapié en que la libre determinación es un proceso permanente, que garantiza que los pueblos indígenas sigan participando en la adopción de decisiones y mantengan el control de sus destinos. Esto significa que las instituciones de adopción de decisiones deben concebirse de modo que les permitan a los pueblos indígenas adoptar decisiones en relación con sus asuntos internos y locales, y además participar colectivamente en los procesos externos de toma de decisiones, de conformidad con los criterios de derechos humanos pertinentes.¹¹¹

Otros órganos de las Naciones Unidas han abordado diversos elementos del derecho de los pueblos indígenas a la libre determinación, en el contexto de la consulta y la participación. En el Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial se ha insistido en la importancia de la participación de representantes libremente elegidos de los pueblos indígenas en los procesos de negociación constitucional y se ha recomendado que en dichas negociaciones se respete el principio del consentimiento libre, previo e informado.¹¹² El Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales ha emitido una Observación general sobre el derecho a la cultura, en la que hace hincapié en la índole comunitaria de las culturas indígenas y en la importancia que para dichas culturas revisten las tierras de los pueblos indígenas. En su Observación general N° 21, el Comité abordó la obligación de:

*... Permitir y promover la participación de personas pertenecientes a ... pueblos indígenas ... en la formulación y aplicación de las leyes y las políticas que les conciernan.*¹¹³

109 Para un resumen del marco normativo de derechos humanos relativo al derecho a participar en la adopción de decisiones, véase el Informe provisorio del estudio sobre los pueblos indígenas y el derecho a participar en la adopción de decisiones (A/HRC/15/35, 2010), elaborado por el Mecanismo de expertos sobre los derechos de los pueblos indígenas.

110 Ibid., párr. 8.

111 Ibid., párr. 31.

112 Por ejemplo, el Comité envió al gobierno de Nepal una carta de “alerta temprana” sobre el tema, con fecha 13 de marzo de 2009, que puede consultarse en www2.ohchr.org/english/bodies/ceerd/docs/early_warning/Nepal130309.pdf.

113 Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación general N° 21 (2009) sobre el derecho de toda persona a participar en la vida cultural, párr. 55 e).

El Relator Especial sobre los derechos de los pueblos indígenas recomendó a un Estado que ofreciera a los pueblos indígenas más oportunidades de participación en los procesos de adopción de decisiones y que reconociera, reforzara y diera cabida a la propia autoridad y las instituciones decisorias de esos pueblos.¹¹⁴

Además, el Relator señaló que la participación de los pueblos indígenas en la adopción de decisiones permite obtener mejores resultados en los proyectos y programas. En su opinión, sin la adhesión de los pueblos indígenas, conseguida mediante consultas en las primeras etapas de la elaboración de las iniciativas gubernamentales, la eficacia de los programas gubernamentales, incluso de los que se proponen beneficiar específicamente a los pueblos indígenas, puede verse menoscabada desde el comienzo. La ausencia de consultas adecuadas puede generar situaciones conflictivas, en las que los pueblos indígenas manifiestan su cólera y desconfianza y que, en determinados casos, han derivado en actos de violencia.¹¹⁵

El Mecanismo de expertos completó un estudio sobre el derecho de los pueblos indígenas a participar en la adopción de decisiones y presentó una opinión al respecto al Consejo de Derechos Humanos.¹¹⁶ En el estudio se destacan las oportunidades especiales de que disponen las instituciones nacionales de derechos humanos (INDH) para promover la participación de los pueblos indígenas en las discusiones y decisiones que les afectan.

MECANISMO DE EXPERTOS SOBRE LOS DERECHOS DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS, “ESTUDIO DEFINITIVO SOBRE LOS PUEBLOS INDÍGENAS Y EL DERECHO A PARTICIPAR EN LA ADOPCIÓN DE DECISIONES”¹¹⁷

Las instituciones nacionales de derechos humanos, como órganos independientes, deben contribuir activamente a reunir a los representantes de los gobiernos y de los pueblos indígenas y promover la participación de esos pueblos en las deliberaciones y la adopción de decisiones relativas a cuestiones que los afectan. Las instituciones nacionales de derechos humanos también pueden insistir en la necesidad de que todas las partes interesadas velen por que los pueblos indígenas estén representados en la adopción de decisiones. A través de sus propios programas, estas instituciones pueden asimismo hacer que los pueblos indígenas participen activamente en la toma de decisiones sobre cuestiones conexas.



El Mecanismo de expertos definió también la extracción de recursos como un tema que requiere atención especial en lo tocante al derecho de los pueblos indígenas a participar en el proceso de adopción de decisiones. El Mecanismo señaló que, si bien los Estados conservan la obligación primordial de velar por que se respete el derecho de los pueblos indígenas a participar en ese proceso, las empresas extractivas, a fin de satisfacer sus obligaciones en materia de derechos humanos, deben velar por su cumplimiento y realizar sus propias evaluaciones en relación con el derecho de participación de los pueblos indígenas. La experiencia práctica indica que las empresas extractivas deberían trabajar

114 A/HRC/18/35/Add.5, párr. 83.

115 A/HRC/12/34, párr. 36.

116 Mecanismo de expertos sobre los derechos de los pueblos indígenas, “Informe provisorio del estudio sobre los pueblos indígenas y el derecho a participar en la adopción de decisiones” (A/HRC/15/35, 2010), “Estudio definitivo sobre los pueblos indígenas y el derecho a participar en la adopción de decisiones” (A/HRC/18/42, 2011), que incluye la Opinión N° 2 sobre los pueblos indígenas y el derecho a participar en la adopción de decisiones, y el “Informe de seguimiento sobre los pueblos indígenas y el derecho a participar en la adopción de decisiones, con especial atención a las industrias extractivas”, que incluye la Opinión N° 4 sobre los pueblos indígenas y el derecho a participar en la adopción de decisiones, con especial atención a las industrias extractivas. La cuestión de la participación de los pueblos indígenas en el sistema de las Naciones Unidas fue objeto de examen en el informe del Secretario General “Medios de promover la participación en las Naciones Unidas de los representantes de los pueblos indígenas en relación con los asuntos que les conciernen” (A/HRC/21/24, 2012).

117 A/HRC/EMRIP/2011/2, Anexo, párr. 37.

conjuntamente con los Estados y los pueblos indígenas en todas las etapas de la planificación y ejecución de las actividades extractivas que puedan repercutir en los intereses de dichos pueblos.¹¹⁸

El derecho de los pueblos indígenas a participar en la adopción de decisiones es un elemento fundamental para lograr la reconciliación entre esos pueblos y los Estados y, cuando se aplica de manera eficaz, constituye un medio efectivo de combatir el legado de exclusión y marginación que afecta a los pueblos indígenas en el mundo entero.

Las consultas con los pueblos indígenas son un proceso, no un acto único, y los procedimientos para llevarlas a cabo dependerán de las circunstancias que las exijan. En cualquier caso, la consulta debe orientarse por un requisito primordial de buena fe.¹¹⁹ Las consultas deben realizarse con el propósito de alcanzar un acuerdo u obtener el consentimiento en relación con la medida propuesta. Como señaló el Relator Especial, los principios rectores de la consulta fueron “concebidos para crear un diálogo en que los Estados y los pueblos indígenas puedan trabajar de buena fe con miras al logro del consenso y procuren seriamente llegar a un acuerdo satisfactorio”.¹²⁰

Los órganos creados en virtud de los tratados también han pedido a numerosos gobiernos que lleven a cabo consultas con los pueblos indígenas en los asuntos que afecten a sus derechos e intereses. Habida cuenta de su Recomendación general N° 23 (1997), el Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial exhortó a los Estados a crear mecanismos prácticos para aplicar el derecho de consulta de forma que se respete el consentimiento previo, libre e informado de los pueblos y las comunidades afectadas, y a velar por que esas consultas se realicen de manera sistemática y con buena fe.¹²¹ Asimismo, el Comité recomendó que se lleven a cabo consultas con las comunidades que pudieran verse afectadas por proyectos encaminados a la explotación y el desarrollo de los recursos naturales, con miras a obtener su consentimiento libre, previo e informado en cada fase del proyecto, particularmente cuando se trate de proyectos de minería.¹²²

De modo análogo, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales recomendó que, antes de iniciar la construcción de proyectos de energía hidroeléctrica, el Estado efectúe evaluaciones de amplio espectro sobre sus repercusiones y lleve a cabo consultas exhaustivas con las comunidades afectadas, y que les dé oportunidades genuinas de expresar sus puntos de vista e influir en la adopción de decisiones.¹²³ El Comité de los Derechos del Niño también recomendó que a las empresas se les exija realizar evaluaciones, efectuar consultas y divulgar pública y completamente las repercusiones medioambientales y las relativas a la salud y los derechos humanos de sus actividades comerciales y sus planes para hacer frente a esas consecuencias.¹²⁴ Aunque la obligación de realizar consultas recae sobre el Estado, las empresas y otros agentes privados también deben respetar los derechos humanos de los pueblos indígenas. Estas entidades pueden desempeñar una función importante en la promoción y protección de esos derechos.¹²⁵

118 A/HRC/EMRIP/2012/2, Anexo: Opinión N° 4 sobre los pueblos indígenas y el derecho a participar en la adopción de decisiones, con especial atención a las industrias extractivas, párr. 40. Véase también el Informe del Representante Especial del Secretario General para la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas (A/HRC/17/31) y la Resolución 17/4 del Consejo de Derechos Humanos.

119 Véanse los artículos 19, 32 y 46 de la Declaración. Véase también A/HRC/12/34, párr. 46-53.

120 A/HRC/12/34, párr. 46 y 49.

121 Véanse las observaciones finales del Comité sobre Bolivia (Estado Plurinacional de) (CERD/C/BOL/CO/17-20) y Ecuador (CERD/EQU/CO/20-22).

122 Observaciones finales sobre México (CERD/C/MEX/Q/16-17).

123 Observaciones finales sobre Etiopía (E/C.12/ETH/CO/1-3).

124 Observaciones finales sobre Namibia (CRC/C/NAM/CO/2-3).

125 Véase A/HRC/17/31 y Consejo de Derechos Humanos, Resolución 17/4. Para un examen exhaustivo de la responsabilidad de las empresas en lo tocante a los derechos de los indígenas, véase el Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas (A/HRC/15/37).

Los objetivos de estas consultas pueden ser muy diversos. En consecuencia, el Relator Especial sobre los derechos de los pueblos indígenas instó a los Estados y las empresas a ir más allá de los acuerdos compensatorios y alentar la participación en la propiedad y los dividendos de las industrias extractivas, cuando los pueblos indígenas se muestren favorables a ese arreglo. El Relator Especial recomendó asimismo diversas modalidades de interacción entre los pueblos indígenas, los Estados y las empresas. Por ejemplo, en relación con un importante proyecto de desarrollo hidroeléctrico, el Relator recomendó que se creara un grupo de expertos independiente con miras a facilitar las consultas, bajo los auspicios de las Naciones Unidas.

3. EL CONSENTIMIENTO LIBRE, PREVIO E INFORMADO

El consentimiento libre, previo e informado es más que una simple consulta. Los Estados tienen la obligación de obtener ese consentimiento como objetivo de la consulta antes de emprender cualquiera de las acciones siguientes:

- Adopción de medidas legislativas o administrativas que afecten a los pueblos indígenas (artículo 19).
- Inicio de cualquier proyecto que afecte a sus tierras o territorios y otros recursos, incluyendo la minería y la utilización o explotación de otros recursos (artículo 32).

En determinadas circunstancias, existe la obligación de obtener el consentimiento de los pueblos indígenas interesados, más allá de la obligación general de hacer del consentimiento el objetivo de las consultas. Por ejemplo, la Declaración exige de manera explícita que los Estados obtengan el consentimiento de los pueblos indígenas en caso de:

- El traslado de los pueblos indígenas fuera de sus tierras o territorios (artículo 10).
- El almacenamiento o la eliminación de materiales peligrosos en sus tierras o territorios (artículo 29).

Además, los pueblos indígenas que perdieron involuntariamente la posesión de sus territorios, cuando éstos fueron “confiscados, tomados, ocupados o dañados sin su consentimiento libre, previo e informado” tienen derecho a la restitución de los mismos o a una indemnización adecuada, que puede consistir en tierras de igual extensión y calidad o en una compensación justa y equitativa (artículo 28). Asimismo, los pueblos indígenas tienen derecho a reparación respecto de los bienes culturales, intelectuales, religiosos y espirituales de los que hayan sido privados sin su consentimiento libre, previo e informado (artículo 11).

Otras circunstancias también pueden exigir el consentimiento libre, previo e informado, según la índole de las medidas propuestas y el alcance y profundidad de sus repercusiones sobre los pueblos indígenas. Según el Mecanismo de expertos, el derecho al consentimiento libre, previo e informado es un “elemento integral” del derecho a la libre determinación y la obtención de dicho consentimiento es indispensable en los asuntos de fundamental importancia para los derechos, la supervivencia, la dignidad y el bienestar de los pueblos indígenas.¹²⁶ De la misma manera, el Relator Especial sobre los derechos de los pueblos indígenas ha insistido en que “un efecto directo y considerable en la vida o los territorios de los pueblos indígenas establece una presunción sólida de que la medida propuesta no deberá adoptarse sin el consentimiento de los pueblos indígenas. En determinados contextos, la presunción puede convertirse en una prohibición de la medida o el proyecto, si no existe el consentimiento de los indígenas”.¹²⁷

126 Opinión N° 2 (2011) sobre los pueblos indígenas y el derecho a participar en la adopción de decisiones.

127 A/HRC/12/34, párr. 47.



Una pastora mongola ordeña sus yaks en Must, provincia de Khovd (Mongolia). Foto: Naciones Unidas/Eskinder Debebe.

En su interpretación de los derechos de los pueblos indígenas, en relación con la aplicación de la Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial, el Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial también pide que se realicen consultas y se obtenga el consentimiento informado. En su Recomendación general N° 23, el Comité pide a los Estados partes que velen por que los pueblos indígenas tengan el mismo derecho a participar en la vida pública y que no se adopten decisiones que les afecten directamente sin haber obtenido antes su consentimiento informado. En referencia específica al derecho a las tierras y los recursos, el Comité pide la restitución en las situaciones en las que las decisiones se adoptaron sin haber obtenido el consentimiento previo e informado de los pueblos indígenas afectados. El Comité también hizo hincapié en que los Estados tienen la obligación de velar por el respeto del derecho de las comunidades indígenas a otorgar su libre consentimiento previo e informado para la planificación y ejecución de los proyectos que afecten al uso de sus tierras y recursos.¹²⁸ En fecha más reciente, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales amplió el sentido del consentimiento libre, previo e informado, en su Comentario general N° 21. En su interpretación de los derechos culturales, el Comité destaca que el derecho a participar en la vida cultural abarca los derechos de los pueblos indígenas a que les sean devueltos los recursos, las tierras y los territorios que tradicionalmente usaban y disfrutaban, en los casos en que se hubieren ocupado o utilizado esas tierras y territorios sin el consentimiento libre, previo e informado de los pueblos afectados. El Comité también pide a los Estados que respeten “el principio del consentimiento libre, previo e informado de los pueblos indígenas en todos los aspectos concernientes al ámbito de aplicación de sus derechos específicos” y obtengan “su consentimiento libre, previo e informado cuando corra peligro la preservación de sus recursos culturales, especialmente aquellos asociados con su forma de vida y expresión cultural”.¹²⁹

128 Véanse, por ejemplo, las Observaciones finales del Comité sobre la República Democrática Popular Lao (CERD/LAO/CO/16-18) y sobre Canadá (CERD/CAN/CO/19-20).

129 Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación general N° 21 (2009) sobre el derecho de toda persona a participar en la vida cultural.

En el mismo sentido, la Corte Interamericana de Derechos Humanos sostuvo, en el caso *Saramaka*, que el Estado tiene el deber no sólo de consultar con los pueblos indígenas, sino también de obtener su consentimiento libre, previo e informado, de conformidad con sus costumbres y tradiciones, en los casos en que los proyectos de desarrollo o inversión en gran escala pudieran tener repercusiones importantes sobre los territorios de dichos pueblos.¹³⁰

En relación con la aplicación práctica del principio de consentimiento libre, previo e informado, se ha proporcionado la siguiente orientación:

Libre, debería implicar que no hay coerción, intimidación ni manipulación, y *previo* debería implicar que se ha tratado de obtener el consentimiento con suficiente antelación a cualquier autorización o comienzo de actividades y que se han respetado las exigencias cronológicas de los procesos de consulta/consenso con los pueblos indígenas. *Informado* debería implicar que se proporcione información que abarque, por lo menos, los siguientes aspectos: **[entre otros]** ... naturaleza, envergadura, ritmo, reversibilidad y alcance de cualquier proyecto o actividad propuesto; la razón o razones o el propósito del proyecto...; la duración; los lugares o las zonas que se verán afectados; una evaluación preliminar del probable impacto económico, social, cultural y ambiental, incluidos los posibles riesgos; el personal que probablemente intervendrá en la ejecución del proyecto propuesto; y los procedimientos que puede entrañar el proyecto. Este proceso puede incluir la opción de retirar el consentimiento prestado. Las consultas y la participación son componentes fundamentales de un proceso de **consentimiento**.¹³¹

Cierto número de organismos intergubernamentales de desarrollo e instituciones financieras internacionales han incorporado el consentimiento libre, previo e informado a sus políticas y programas relativos a los pueblos indígenas. La política del Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo con respecto a los pueblos indígenas “promueve y apoya el derecho de los pueblos indígenas a dar libremente su consentimiento previo e informado respecto de los planes y programas de desarrollo que puedan afectarlos”.¹³² La Política Operativa sobre Pueblos Indígenas y la Estrategia para el Desarrollo Indígena aprobadas por el Banco Interamericano de Desarrollo promueven “mecanismos de participación y procesos que deben tener en cuenta el principio general del consentimiento libre, previo e informado de los pueblos indígenas”¹³³ y estipulan que “... antes de aprobar operaciones con impactos potenciales adversos particularmente significativos, el Banco requerirá evidencia de que el proponente del proyecto ha llegado a acuerdos satisfactorios y debidamente documentados con los pueblos afectados o se ha obtenido su consentimiento”.¹³⁴ El Banco Europeo de Reconstrucción y Desarrollo reconoce también la necesidad de obtener el consentimiento libre, previo e informado de los pueblos indígenas antes de comenzar cualquier actividad en sus territorios tradicionales, reasentar a los pueblos indígenas o iniciar cualquier proyecto que se proponga usar con fines comerciales sus recursos culturales, conocimientos, innovaciones o prácticas.¹³⁵

130 *Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam*, Corte Interamericana de Derechos Humanos, Sentencia del 28 de noviembre de 2007, Serie C, Nº 172.
131 “Informe del Seminario internacional sobre metodologías relativas al consentimiento libre, previo e informado y los pueblos indígenas, Nueva York, (Estados Unidos de América), 17 a 19 de enero de 2005” (E/C.19/2005/3), párr. 46-49.
132 El PNUD y los pueblos indígenas: Una política de compromiso (2001).
133 Banco Interamericano de Desarrollo, *Política Operativa sobre Pueblos Indígenas y Estrategia para el Desarrollo Indígena* (2006), pág. 34.
134 *Ibid.*, pág. 39.
135 Banco Europeo de Reconstrucción y Desarrollo, *Requisitos de rendimiento PR-7* (2008).

PUNTOS CLAVE: CAPÍTULO 3

- **El derecho a la libre determinación es un derecho colectivo del que son titulares todos los miembros de una comunidad o nación indígena en tanto que grupo y debe ejercerse de conformidad con los principios de justicia, democracia, respeto de los derechos humanos, igualdad, no discriminación, buena gobernanza y buena fe.**
- **Las estructuras autónomas de carácter político, económico y social de los pueblos indígenas sirven de apoyo al ejercicio eficaz de su derecho a la libre determinación.**
- **Los pueblos indígenas tienen derecho a participar en la adopción de decisiones, en los asuntos que pueden afectar a sus derechos, mediante representantes que ellos mismos elijan, de conformidad con sus propios procedimientos, así como a mantener y desarrollar sus propias instituciones de adopción de decisiones.**
- **La Declaración exige a los Estados que consulten y colaboren de buena fe con los pueblos indígenas interesados, por medio de sus propias instituciones representativas, con miras a obtener el consentimiento libre, previo e informado, antes de aprobar y poner en práctica medidas legislativas o administrativas que pudieran afectarles.**
- **La consulta y la participación son elementos fundamentales del proceso de obtención del consenso.**



Capítulo 4:

Contenido de la Declaración: Tierras, territorios y recursos; desarrollo con identidad; reparación y compensación

PREGUNTAS FUNDAMENTALES

- ¿Qué son las tierras, los recursos y los territorios de los pueblos indígenas?
- ¿De qué manera se relacionan los pueblos indígenas con sus tierras, recursos y territorios?
- ¿Qué medidas de protección existen para las tierras, los recursos y los territorios de los pueblos indígenas?
- ¿Con qué vías de reparación cuentan los pueblos indígenas en relación con sus derechos a tierras, recursos y territorios?
- ¿En qué consiste el desarrollo con cultura e identidad?



1. LOS DESAFÍOS QUE AFRONTAN LOS PUEBLOS INDÍGENAS EN RELACIÓN CON LAS TIERRAS Y LOS RECURSOS NATURALES

Desde tiempos inmemoriales los pueblos indígenas mantienen una relación especial con la tierra, su fuente de sustento y la base de su existencia misma como comunidades. Las cuestiones relativas a la tierra, el territorio y el acceso a los recursos naturales siguen siendo esenciales para el respeto de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los pueblos indígenas.

La índole y la importancia de esas relaciones son fundamentales tanto para la subsistencia material como para la integridad cultural de numerosos pueblos indígenas.¹³⁶ El Foro Permanente ha formulado un comentario sobre el significado de esta relación entre los pueblos indígenas y sus tierras:

La tierra es la base de la vida y la cultura de los pueblos indígenas en todas partes. Por esa razón, la protección de su derecho a la tierra, los territorios y los recursos naturales constituye una demanda clave del movimiento internacional de los pueblos indígenas y de los pueblos y organizaciones indígenas de todo el planeta. También es evidente que la mayoría de los movimientos indígenas locales y nacionales han surgido en el contexto de la lucha contra las políticas y medidas que vulneraban sus derechos tradicionales de tenencia de la tierra y de gestión de los recursos naturales y que discriminaban contra ellos, que les expropiaban las tierras, que extraían recursos sin su consentimiento y que terminaban por desplazarlos y desposeerlos de sus territorios. Al no tener acceso los indígenas a sus tierras, territorios y recursos naturales, y al no respetarse sus derechos sobre ellos, se ve amenazada la supervivencia de las singulares gamas de cultura de los pueblos indígenas.

136 Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Derechos de los pueblos indígenas y tribales sobre sus tierras ancestrales y recursos naturales: Normas y jurisprudencia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos*. (OEA/Ser.L/V/II. Doc. 56/09, 2009), párr. 56.

*El derecho y el acceso a la tierra, así como el control sobre ella y sus recursos, son necesidades centrales para los pueblos indígenas de todo el mundo, que dependen de ese derecho y ese acceso para sobrevivir, tanto en el plano material como en el cultural. Para seguir existiendo con sus características propias, es imprescindible que los pueblos indígenas y sus comunidades puedan poseer, conservar y administrar sus territorios, tierras y recursos.*¹³⁷

Privados de los recursos naturales de sus tierras y territorios, los pueblos indígenas pueden verse desposeídos de una parte significativa de su libre determinación económica y política y su capacidad de desarrollo autónomo. En muchos casos, los pueblos indígenas pueden verse privados de sus culturas y del ejercicio de otros derechos humanos a causa de la pobreza extrema y de la falta de acceso a los medios de subsistencia.¹³⁸

Dos limitaciones primordiales al disfrute libre y pleno de los derechos de los pueblos indígenas a sus tierras, territorios y recursos tienen que ver con la incapacidad de los Estados para reconocer la existencia del uso, la ocupación y la propiedad de los indígenas y la incapacidad de los Estados para otorgar la condición jurídica adecuada, la capacidad legal y otros derechos jurídicos de los indígenas en lo tocante a la propiedad de la tierra.¹³⁹

Otros grupos indígenas afrontan problemas derivados de la abrogación de derechos dimanantes de tratados y de la falta de demarcación de sus tierras.

Las cuestiones relativas a la tenencia de la tierra y los pueblos indígenas pueden generar situaciones de gran complejidad y conflicto en los lugares donde las leyes nacionales han evolucionado sin tener en cuenta, reconocer o proteger los derechos de los pueblos indígenas a sus tierras, territorios y recursos naturales. Muchos pueblos indígenas han padecido la pérdida de sus tierras, expropiadas en aras del interés nacional, y los desplazamientos y reasentamientos subsecuentes han tenido múltiples repercusiones negativas sobre el bienestar de las comunidades indígenas y el disfrute de sus derechos.¹⁴⁰

Las repercusiones sociales, medioambientales y culturales de los proyectos de desarrollo de gran envergadura y de las industrias extractivas constituyen también motivos de preocupación creciente para numerosos pueblos indígenas. El Relator Especial sobre los derechos de los pueblos indígenas definió durante su mandato a las industrias extractivas como una fuente de especial preocupación.¹⁴¹



Una mujer del pueblo *Bakoya* delante de su hogar en la aldea de Imbong, en la provincia de Ogooué-Ivindo, en el noreste de Gabón.
Foto: Naciones Unidas/Gill Fickling.

¹³⁷ E/2007/43 y E/C.19/2007/12, párr. 5-6.

¹³⁸ E/CN.4/Sub.2/2004/30, párr. 58.

¹³⁹ E/CN.4/Sub.2/2001/21, párr. 34.

¹⁴⁰ *Ibid.*, párr. 48-84.

¹⁴¹ A/HRC/18/35.

2. LOS DERECHOS DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS A SUS TIERRAS, RECURSOS Y TERRITORIOS

Lo que son las tierras, los recursos y los territorios de un determinado pueblo indígena dependerá de las circunstancias específicas de la comunidad en cuestión. En la Declaración se reconoce el derecho de los pueblos indígenas a sus tierras, recursos y territorios, e incluso el derecho a tierras, recursos y territorios que tradicionalmente pertenecieron a los pueblos indígenas pero que ahora están bajo el control de otros, por situaciones de hecho o de derecho.

En la Declaración se reconocen ampliamente los derechos de los pueblos indígenas a sus tierras, territorios y recursos naturales, lo que abarca:

- El derecho a fortalecer su propia relación espiritual con las tierras y los recursos (artículo 25).
- El derecho a poseer, utilizar, desarrollar y controlar las tierras, territorios y recursos que poseen en razón de la propiedad tradicional (artículo 26).
- El derecho a la reparación, por medios que pueden incluir la restitución, o cuando ello no sea posible, una indemnización justa y equitativa por las tierras, los territorios y los recursos que tradicionalmente hayan poseído u ocupado o utilizado y que hayan sido confiscados, tomados, ocupados, utilizados o dañados sin su consentimiento libre, previo e informado (artículo 28).
- El derecho a la conservación y protección del medio ambiente y de la capacidad productiva de sus tierras, territorios y recursos (artículo 29).
- El derecho a determinar y elaborar las prioridades y estrategias para el desarrollo o el uso de sus tierras o territorios y otros recursos (artículo 32).

En la Declaración se exige a los Estados que adopten medidas para defender y promover los derechos de los pueblos indígenas a sus tierras, territorios y recursos, tales como imponer restricciones al almacenamiento y la eliminación de materiales peligrosos en las tierras o territorios de los pueblos indígenas (artículo 29) y restringir el uso con fines militares de las tierras y territorios de los pueblos indígenas (artículo 30).

El Sistema Interamericano de Derechos Humanos cuenta con un cuerpo de jurisprudencia muy desarrollado en lo tocante a los derechos de los pueblos indígenas a sus tierras, territorios y recursos. Este sistema ha emitido numerosas sentencias en casos que atañen a la posesión de la tierra por los indígenas. Por ejemplo, la Corte Interamericana de Derechos Humanos dictaminó que, como producto de la costumbre, la posesión de la tierra debería bastar para que las comunidades indígenas que carezcan de un título real sobre la propiedad de la tierra obtengan el reconocimiento oficial de dicha propiedad y el consiguiente registro.¹⁴²

La Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos confirmó que los pueblos indígenas tienen derecho a la propiedad de las tierras y los recursos nacionales que han usado tradicionalmente. De las opiniones que la Comisión Africana expresó en el Caso *Endorois*, pueden sacarse las conclusiones siguientes:

- (1) La posesión tradicional de la tierra por parte de los pueblos indígenas tiene un efecto equivalente a la tenencia en virtud de título de propiedad emitido por el Estado;
- (2) La posesión tradicional da derecho a los pueblos indígenas a pedir el reconocimiento oficial y el registro del título de propiedad;
- (3) Los miembros de las comunidades indígenas que se han visto obligados a abandonar sus tierras tradicionales o que han perdido su posesión, conservan derechos de propiedad sobre las mismas, aunque carezcan del título oficial, a menos que las tierras hayan sido transferidas a terceros lícitamente y de buena fe; y

¹⁴² *Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua*, Corte Interamericana de Derechos Humanos, Sentencia del 31 de agosto de 2001, Serie C, N° 66, párr. 151.

- (4) Los miembros de las comunidades indígenas que se han visto obligados a abandonar sus tierras tradicionales o que han perdido posesión de ellas, cuando dichas tierras hayan sido lícitamente transferidas a terceros inocentes, tienen derecho a reparación por ese hecho o a obtener otras tierras de igual extensión y calidad. Por consiguiente, la posesión no es un requisito ineludible para la existencia de los derechos de los indígenas a la restitución de sus tierras.¹⁴³

En el Caso *Endorois*, la Comisión Africana sostuvo la opinión de que, con el fin de crear una reserva de caza, el Estado desalojó ilícitamente a los *Endorois* de sus tierras ancestrales y destruyó sus posesiones. La Comisión también adujo que los trastornos y el desarraigo de los *Endorois* y la denegación de sus derechos de propiedad sobre sus tierras ancestrales fueron desproporcionados en relación con las necesidades públicas que pudiera haber satisfecho una reserva de caza.

El Relator Especial sobre los derechos de los pueblos indígenas ha promovido activamente los derechos de los pueblos indígenas a sus tierras y recursos mediante la publicación de informes temáticos e informes sobre las visitas realizadas a diversos países.¹⁴⁴ Los derechos de los pueblos indígenas relativos a la protección de sus tierras, territorios y recursos tienen implicaciones que van más allá de la protección de las tierras mismas. Las preocupaciones conexas han sido objeto de examen por varios titulares de mandatos de procedimientos especiales.

El Relator Especial sobre una vivienda adecuada como elemento integrante del derecho a un nivel de vida adecuado, en relación con el derecho a la no discriminación en este contexto, recomendó la adopción de medidas para proteger las tierras de los pueblos indígenas como parte de la protección del derecho a un nivel de vida adecuado. El Relator Especial señaló además que “las medidas que tienen por objeto hacer realidad el derecho de los pueblos indígenas a una vivienda adecuada deberían abarcar el respeto a sus tierras tradicionales y la formulación de políticas relativas a las tierras y las viviendas que tuvieran en cuenta sus características culturales”.¹⁴⁵

El Relator Especial sobre el derecho a la alimentación ha recomendado en múltiples ocasiones a los Estados que adopten medidas para velar por la protección de los derechos de los indígenas a sus tierras, con el fin de asegurarles el ejercicio del derecho a la alimentación.¹⁴⁶

Los derechos de los pueblos indígenas a sus tierras y recursos se derivan de sus derechos a la integridad cultural, la no discriminación, la libre determinación y la propiedad, comprendido el derecho a la propiedad o la utilización colectiva. El derecho a ser consultado y a otorgar el consentimiento son también elementos fundamentales del derecho de los pueblos indígenas a sus tierras y recursos naturales. La interpretación que de estos derechos hacen los órganos regionales e internacionales de derechos humanos, así como su aplicación en relación con los derechos de los pueblos indígenas a sus tierras y recursos naturales, se examinan en los Capítulos 2 y 3 del presente manual.

3. DESARROLLO CON CULTURA E IDENTIDAD

Aunque los pueblos indígenas tienen el derecho a desarrollarse conjuntamente con las comunidades y sociedades más amplias en las que viven, a menudo existen preocupaciones particulares con respecto a los pueblos indígenas que siempre deben tenerse en cuenta en lo tocante a la elaboración de las iniciativas que les conciernen.¹⁴⁷ El concepto de desarrollo con cultura e identidad reconoce que los pueblos indígenas pueden evaluar el bienestar de sus comunidades y el uso adecuado de sus tierras, territorios y recursos de un modo diferente a las comunidades no indígenas.

143 *El Centre for Minority Rights Development (Kenya) y el Minority Rights Group International en representación del Endorois Welfare Council vs. Kenya*, Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, 276/2003 (4 de febrero de 2010), párr. 209.

144 Véanse, por ejemplo, los informes del Relator Especial al Consejo de Derechos Humanos sobre las industrias extractivas que realizan operaciones dentro de territorios indígenas o en proximidad de ellos (A/HRC/18/35 y A/HRC/21/47).

145 E/CN.4/2006/41/Add.3, pág. 22.

146 A/HRC/13/33/Add.5.

147 A/65/264, párr. 25.

En muchos casos, los modelos de desarrollo basados en la modernización y la industrialización han contribuido a la destrucción de los recursos naturales y los sistemas económicos, sociales, docentes, culturales, espirituales y de gobernanza, salud y conocimientos de los indígenas. Los pueblos indígenas también han afrontado problemas cuando han tratado de mantener sus estrategias y prioridades en materia de tierras, territorios y recursos, porque sus culturas e identidades han sido consideradas como “obstáculos” para el progreso. El desarrollo con cultura e identidad se caracteriza por un enfoque integral que trata de basarse en los derechos colectivos, la seguridad y un mayor control y autogobierno en lo tocante a las tierras, los territorios y los recursos.¹⁴⁸

La Declaración proporciona un amplio marco normativo para fomentar el desarrollo con cultura e identidad, centrado en los artículos 3 y 32. En estas disposiciones se reconoce el derecho de los pueblos indígenas a determinar y elaborar prioridades y estrategias en relación con el desarrollo de sus tierras, territorios y recursos, basadas en su derecho a la libre determinación. Un aspecto fundamental para el ejercicio de la libre determinación es el derecho de los pueblos indígenas a mantener sus propias instituciones representativas y a que éstas sean respetadas y consultadas por los Estados y las empresas. Los conocimientos y los idiomas tradicionales son elementos esenciales en el desarrollo con cultura e identidad de los pueblos indígenas y sus intereses, conocimientos y experiencias deben colocarse en el centro de las metodologías cuando se acopian conocimientos acerca de ellos.¹⁴⁹

Las INDH se encuentran en una posición ventajosa para promover el desarrollo con cultura e identidad. Los conflictos en torno a las tierras, los territorios y los recursos pueden comunicarse a las INDH y, mediante la aplicación de la Declaración, estas instituciones pueden contribuir a velar por que se respeten las estrategias y prioridades de los pueblos indígenas. Las INDH también pueden contribuir a la investigación y la formulación de políticas con miras a fomentar el conocimiento de los derechos de los pueblos indígenas, incluido el derecho a la libre determinación, y dar orientaciones con objeto de crear estructuras institucionales que apoyen la aplicación de esos derechos.

4. REPARACION Y COMPENSACIÓN

Asimismo, las INDH están en buena posición para promover los derechos de los pueblos indígenas mediante la aplicación y promoción de los artículos de la Declaración que conciernen a las tierras, los territorios y los recursos. En la Declaración se reconocen varios derechos relativos al resarcimiento y la compensación por la violación de los derechos de los indígenas a sus tierras, recursos y territorios.

En el artículo 28 se detallan los derechos de los pueblos indígenas a la reparación y compensación cuando sus tierras, recursos y territorios han sido tomados, usados o dañados sin su consentimiento. Este derecho otorga una reparación a los pueblos indígenas que han sido desposeídos de sus tierras y territorios, de manera que:

- Cuando sea posible, se les restituyan las tierras, territorios y recursos de los que han sido desposeídos.
- Cuando esto no sea posible, se les pague una indemnización justa, que podría incluir la cesión de otras tierras, territorios y recursos, una compensación monetaria, oportunidades de desarrollo (por ejemplo, oportunidades de empleo) u otros beneficios con los que los pueblos indígenas estén de acuerdo.

Usando un enfoque similar al que adoptó el Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial en su Recomendación general N° 23, la restitución de tierras y territorios debe ser la medida primordial de reparación. Las otras modalidades de reparación y compensación únicamente se deben examinar cuando la restitución no sea posible.¹⁵⁰

148 Foro Permanente de las Naciones Unidas para las Cuestiones Indígenas, Los pueblos indígenas: desarrollo con cultura e identidad: artículos 3 y 32 de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas. Informe de la reunión del grupo internacional de expertos, Nueva York (Estados Unidos de América), 19-30 de abril de 2010 (E/C.19/2010/14), párr. 19-22.

149 Ibid., párr. 40, 42 y 44.

150 Véase también J. Gilbert y C. Doyle, “A New Dawn over the Land: Shedding Light on Collective Ownership and Consent” en *Reflections on the UN Declaration on the Rights of Indigenous Peoples*, S. Allen y A. Xanthaki, editores (2011), pág. 299.

PUNTOS CLAVE: CAPÍTULO 4

- Lo que son las tierras, recursos y territorios de un determinado pueblo indígena dependerá de las circunstancias específicas de la comunidad en cuestión.
- Dos limitaciones primordiales al disfrute libre y pleno de los derechos de los pueblos indígenas a sus tierras, territorios y recursos tienen que ver con la incapacidad de los Estados para reconocer la existencia del uso, la ocupación y la propiedad de los pueblos indígenas y la incapacidad de los Estados para otorgar la condición jurídica adecuada, la capacidad legal y otros derechos jurídicos de los pueblos indígenas en lo tocante a la propiedad de la tierra
- Los Estados tienen la obligación de proporcionar mecanismos eficaces de reparación cuando no se haya obtenido el consentimiento libre, previo e informado de los pueblos indígenas.



Capítulo 5:

Aplicación de la Declaración

PREGUNTAS FUNDAMENTALES

- ¿Cuál es la condición jurídica de la Declaración?
- ¿Cómo se relaciona la Declaración con otros estándares internacionales?
- ¿Qué función pueden desempeñar las INDH en la promoción de los derechos de los pueblos indígenas?



1. LA CONDICIÓN JURÍDICA DE LA DECLARACIÓN

La Declaración fue aprobada mediante la Resolución 61/295 de la Asamblea General. A diferencia de los tratados o convenios, las Resoluciones no generan, por sí mismas, obligaciones jurídicamente vinculantes para los Estados. Sin embargo:

... como resolución aprobada por la Asamblea General con los votos de una mayoría abrumadora de Estados Miembros, la Declaración representa la asunción de un compromiso con sus disposiciones por parte de las Naciones Unidas y sus Estados Miembros, en el marco de las obligaciones establecidas por la Carta de las Naciones Unidas.¹⁵¹

La Declaración no crea derechos nuevos o especiales para los pueblos indígenas; más bien profundiza en las normas existentes y pone de relieve en qué medida se aplican a la situación específica de los pueblos indígenas. Por lo tanto, la Declaración ilustra la índole indivisible e interdependiente de las normas y los criterios internacionales relativos a los derechos humanos:

La Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas representa un entendimiento común fehaciente, en el plano global, del contenido mínimo de los derechos de los pueblos indígenas, que se fundamenta en diversas fuentes de normas internacionales de derechos humanos. Producto de un prolongado proceso de redacción, la Declaración refleja normas de derechos humanos de aplicación general, y a la vez las enriquece, según se interpretan y aplican por los órganos establecidos en virtud de tratados regionales y de las Naciones Unidas, así como las normas establecidas por el Convenio N° 169 de la OIT y por otros instrumentos y procesos pertinentes.

En consecuencia, la Declaración no se propone conferir a los pueblos indígenas una serie de derechos humanos especiales o nuevos, sino que ofrece una versión de los principios y las normas generales de derechos humanos contextualizada respecto de las circunstancias concretas históricas, culturales y sociales de los pueblos indígenas. Las normas proclamadas por la Declaración comparten un carácter básicamente reparador, ya que tratan de poner remedio a los obstáculos y la discriminación sistémicos a los que se han enfrentado los pueblos indígenas para disfrutar de sus derechos humanos básicos. Desde esta perspectiva, el contenido de la Declaración está vinculado a las obligaciones ya contraídas por los Estados en virtud de otros instrumentos de derechos humanos.¹⁵²

En una declaración conjunta publicada con motivo de la celebración del Día Internacional de los Pueblos Indígenas del Mundo de 2008, la Alta Comisionada interina de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, Kyung-wha Kang, y el Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las

151 A/64/338, párr. 48.

152 A/HRC/9/9, párr. 85-86.

libertades fundamentales de los pueblos indígenas, James Anaya, formularon este llamamiento en pro del compromiso político con la Declaración:

*La aprobación de la Declaración [...] –por importante que haya sido– no cambiará por sí sola las vidas cotidianas de los hombres, las mujeres y los niños cuyos derechos defiende. Para lograrlo, necesitamos el compromiso político de los Estados, la cooperación internacional y el apoyo y la buena voluntad de la población en general, con el fin de crear y aplicar una gama de programas políticos de gran intensidad, concebidos y ejecutados en consulta con los propios pueblos indígenas.*¹⁵³

En la Declaración se usa un lenguaje que impone obligaciones y responsabilidades a los Estados.¹⁵⁴ En consecuencia, el sistema de las Naciones Unidas recomienda cada vez más a los Estados que adopten medidas concretas, orientadas específicamente al respecto. Por ejemplo, habida cuenta del contenido de la Declaración, el Relator Especial sobre los derechos de los pueblos indígenas ha formulado a los Estados recomendaciones en el sentido de que deben revisar las leyes y políticas que afectan a los pueblos indígenas.¹⁵⁵

Como quedó señalado anteriormente, los derechos de los pueblos indígenas se basan en los instrumentos internacionales de derechos humanos. Diversas disposiciones del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y la Convención Internacional sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial son especialmente pertinentes para los asuntos relativos a los pueblos indígenas. En sus informes y recomendaciones, los órganos creados en virtud de los tratados han formulado interpretaciones generales de los derechos estipulados en estos tratados y su aplicación a los pueblos indígenas:

- El Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial dio a conocer su Recomendación N° 23, en la que pide a los Estados partes que velen por el reconocimiento del derecho de los pueblos indígenas a la cultura, la tierra y la participación política. Asimismo, el Comité formuló un comentario general sobre las “medidas especiales” en el que aclaró que los derechos de los pueblos indígenas, que son derechos permanentes, no deben confundirse con las “medidas especiales” de índole temporal –que tienen por objeto remediar discriminaciones pasadas o enmendar desigualdades presentes–.
- El Comité de los Derechos del Niño aprobó una observación general importante y exhaustiva sobre los derechos de los niños indígenas y se ha referido a la Declaración en su examen de los informes presentados por los Estados partes.
- El Comité de Derechos Humanos sigue invocando el derecho a la libre determinación en relación con los pueblos indígenas, especialmente el artículo 1 (2) (el derecho a disponer libremente de la riqueza natural y el derecho a asegurar sus medios de subsistencia). El Comité ha hecho hincapié también en que los Estados tienen la obligación de “velar por que los pueblos indígenas puedan ejercer su derecho al consentimiento libre, previo e informado”.¹⁵⁶ Además el Comité ha interpretado el artículo 27 (el derecho a la cultura) como un fundamento válido para las reclamaciones de los pueblos indígenas en relación con las tierras y los recursos.
- El Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales hizo referencia al artículo 1, en relación con el ejercicio efectivo del derecho de los pueblos indígenas a sus territorios, tierras y recursos naturales ancestrales. El Comité aprobó una observación general sobre la no discriminación en materia de derechos económicos, sociales y culturales que es muy pertinente para los pueblos indígenas. Asimismo, el Comité aprobó una importante observación general sobre el derecho

153 Declaración conjunta del Alto Comisionado interino de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos y el Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los pueblos indígenas (9 de agosto de 2008), disponible en www.un.org/events/indigenous/2008/hcmessage.shtml.

154 Véanse, por ejemplo, los artículos 38, 41 y 42 de la Declaración.

155 Por ejemplo, el Relator Especial recomendó a la Federación de Rusia que debería “emprender un examen de amplio espectro de las leyes y políticas de la Federación de Rusia a fin de velar por su compatibilidad con la Declaración y adoptar otras medidas concertadas para aplicar los criterios de la Declaración en el contexto específico de los pueblos indígenas de Rusia” (A/HRC/15/37/Add.5), párr. 82.

156 CCPR/C/TGO/CO/4, párr. 21.



Vista panorámica del 61 período de sesiones de la Asamblea General, el 13 de septiembre de 2007. Foto: Naciones Unidas/Paulo Filgueiras.

a participar en la vida cultural, que contiene un texto sustantivo sobre los pueblos indígenas y en el que se afirman los derechos reconocidos en la Declaración. El texto vincula los derechos territoriales con la identidad cultural y usa el lenguaje de la Declaración en lo tocante al derecho de los indígenas a la tenencia y el control de sus tierras, territorios y recursos, y además insiste en que los Estados deben respetar el principio del consentimiento libre, previo e informado en todos los asuntos que conciernan a los derechos de los pueblos indígenas.

Otros factores adicionales añaden peso a la importancia de la Declaración y a su capacidad de influir en la normativa de los derechos humanos:

- En el momento en que adoptó, la Declaración contó con el apoyo de la mayoría de los Estados; sólo cuatro países votaron en contra (Australia, Canadá, Nueva Zelanda y Estados Unidos de América) y hubo 11 abstenciones.¹⁵⁷ Desde entonces, los cuatro Estados que votaron en contra de la Declaración han cambiado de posición. Este apoyo universal indica la existencia de un consenso internacional sobre la expresión normativa de los derechos de los pueblos indígenas en una forma que es coherente con los criterios internacionales vigentes en materia de derechos humanos. La reiterada referencia a la Declaración que figura en el Examen Periódico Universal (EPU) pone de relieve aún más este consenso internacional.¹⁵⁸
- La elaboración de la Declaración abarcó un periodo de 20 años. En ese tiempo, tanto los pueblos indígenas como los Estados participaron activamente en lo que algunos Estados calificaron de “negociaciones”.¹⁵⁹ Por consiguiente, la Declaración pone de manifiesto los puntos de confluencia entre los pueblos indígenas del mundo y los Estados Miembros de las Naciones Unidas.¹⁶⁰ Como señaló el Relator Especial sobre los derechos de los pueblos indígenas, la promoción y participación de los pueblos indígenas a lo largo de varios decenios confiere un

¹⁵⁷ “General Assembly adopts Declaration on the Rights of Indigenous Peoples; ‘Major step forward’ towards human rights for all,” says President, 61st session of the General Assembly, 107th and 108th Plenary Meeting” (Comunicado de prensa GA/10612), 13 de septiembre de 2007.

¹⁵⁸ Véanse, por ejemplo, A/HRC/12/8/Add.1, párr. 6; y A/HRC/11/17, párr. 86 y las recomendaciones 45 y 52.

¹⁵⁹ E. Voyiakis, “Voting in the General Assembly as Evidence of Customary International Law?” en *Reflections on the UN Declaration on the Rights of Indigenous Peoples*, pág. 216.

¹⁶⁰ E/C.19/2009/14, Anexo, párr. 9.

alto grado de legitimidad a la Declaración y a sus normas, que “reflejan básicamente las propias aspiraciones de los pueblos indígenas”.¹⁶¹

- Cada vez se extiende más la opinión de que diversos aspectos de la Declaración forman parte ya del derecho internacional consuetudinario.¹⁶²

2. LA FUNCIÓN DE LAS INSTITUCIONES NACIONALES DE DERECHOS HUMANOS

Las instituciones nacionales de derechos humanos (INDH) se encuentran en una posición privilegiada para servir de puente entre el sistema internacional de derechos humanos y las realidades que enfrentan los pueblos indígenas. Las INDH son parte fundamental de todo sistema nacional sólido de protección de los derechos humanos y desempeñan una función esencial al conectar los criterios internacionales con la protección dentro de cada país.

Hay diferencias importantes entre la estructura y las funciones de las distintas INDH. Estas diferencias reflejan los diversos contextos nacionales en las que las INDH funcionan. Pero los Principios de París ofrecen un marco normativo amplio en el que las INDH pueden llevar a cabo sus programas de trabajo específicos. A través de este marco, las INDH pueden fomentar la protección, promoción y realización de los derechos humanos de los pueblos indígenas.

PRINCIPIOS DE PARÍS

Competencias y atribuciones

- 1. La institución nacional será competente en el ámbito de la promoción y protección de los derechos humanos.**
- 2. La institución nacional dispondrá del mandato más amplio posible, claramente enunciado en un texto constitucional o legislativo, que establezca su composición y su ámbito de competencia.**
- 3. La institución nacional tendrá, en particular, las siguientes atribuciones:**
 - (a) presentar, a título consultivo, al gobierno, al Parlamento y a cualquier otro órgano pertinente, a instancia de las autoridades interesadas o en ejercicio de su facultad de autosumisión, dictámenes, recomendaciones, propuestas e informes sobre todas las cuestiones relativas a la protección y promoción de los derechos humanos; la institución nacional podrá decidir hacerlos públicos; los dictámenes, las recomendaciones, las proposiciones y los informes, así como cualquier prerrogativa de la institución nacional, abarcarán las siguientes esferas:**
 - (i) todas las disposiciones de carácter legislativo y administrativo, así como las relativas a la organización judicial, destinadas a preservar y ampliar la protección de los derechos humanos; a este respecto, la institución nacional examinará la legislación y los textos administrativos en vigor, así como los proyectos y proposiciones de ley y hará las recomendaciones que considere apropiadas para garantizar que esos textos respeten los principios fundamentales en materia de derechos humanos; en caso necesario, la institución nacional recomendará la aprobación de una nueva legislación, la modificación de la legislación en vigor y la adopción de medidas administrativas o su modificación;**



161 A/65/264.

162 E/C.19/2009/14, Anexo, párr. 6-13; y J. Anaya y S. Wiessner, “OP-ED: The UN Declaration on the Rights of Indigenous Peoples: Towards Re-empowerment” en *Jurist*, 3 de octubre de 2007, disponible en <http://jurist.org/forum/2007/10/un-declaration-on-rights-of-indigenous.php>.

- (ii) toda situación de violación de los derechos humanos de la cual decida ocuparse;
- (iii) la elaboración de informes sobre la situación nacional en materia de derechos humanos en general o sobre cuestiones más específicas;
- (iv) señalar a la atención del Gobierno las situaciones de violación de los derechos humanos en cualquier parte del país, proponer medidas encaminadas a poner término a esas situaciones y, en su caso, emitir un dictamen sobre la posición y reacción del gobierno;
- (b) promover y asegurar que la legislación, los reglamentos y las prácticas nacionales se armonicen con los instrumentos internacionales de derechos humanos en los que el Estado sea parte, y que su aplicación sea efectiva;
- (c) alentar la ratificación de esos instrumentos o la adhesión a esos textos y asegurar su aplicación;
- (d) contribuir a la elaboración de los informes que los Estados deban presentar a los órganos y comités de las Naciones Unidas, así como a las instituciones regionales, en cumplimiento de sus obligaciones contraídas en virtud de tratados y, en su caso, emitir un dictamen a ese respecto, en el marco del respeto de su independencia;
- (e) cooperar con las Naciones Unidas y los demás organismos del sistema de las Naciones Unidas, las instituciones regionales y las instituciones de otros países que sean competentes en las esferas de la promoción y protección de los derechos humanos;
- (f) colaborar a la elaboración de programas relativos a la enseñanza y la investigación en la esfera de los derechos humanos y participar en su aplicación en el ámbito escolar, universitario y profesional;
- (g) dar a conocer los derechos humanos y la lucha contra todas las formas de discriminación, en particular la discriminación racial, sensibilizando a la opinión pública, en particular mediante la información y la enseñanza, recurriendo para ello a todos los medios de comunicación.

Principios complementarios relativos al estatuto de las comisiones dotadas de competencia cuasi jurisdiccional

La institución nacional podrá estar facultada para recibir y examinar denuncias y demandas relativas a situaciones particulares. Podrán recurrir a ella los particulares, sus representantes, terceros, organizaciones no gubernamentales, asociaciones de sindicatos y cualquier otra organización representativa. En ese caso, y sin perjuicio de los principios antes mencionados que se refieren a otros aspectos de la competencia de las comisiones, las funciones que se les encomienden podrán inspirarse en los siguientes principios:

- (a) tratar de hallar una solución amistosa mediante la conciliación o, dentro de los límites establecidos por ley, mediante decisiones obligatorias o, en su caso, cuando sea necesario, siguiendo un procedimiento de carácter confidencial;
- (b) informar al autor de la demanda acerca de sus derechos, en particular de los recursos de que dispone, y facilitarle el acceso a esos recursos;
- (c) conocer de todas las denuncias o demandas o transmitir las a cualquier otra autoridad competente, dentro de los límites establecidos por ley;
- (d) formular recomendaciones a las autoridades competentes, en particular proponer modificaciones o reformas de leyes, reglamentos y prácticas administrativas, especialmente cuando ellas sean la fuente de las dificultades encontradas por los demandantes para hacer valer sus derechos.

Este amplio mandato faculta a las INDH para relacionarse con todos los agentes pertinentes de ámbito nacional, así como para interactuar con los mecanismos internacionales, con miras a ayudar a fomentar, promover, proteger y hacer realidad los derechos humanos de los pueblos indígenas.

Por ejemplo, las INDH pueden utilizar sus competencias técnicas para supervisar y asesorar a los gobiernos a fin de velar por que sus leyes y políticas sean coherentes con los derechos que figuran en la Declaración y los protejan adecuadamente. Además, las funciones pedagógicas de las INDH pueden contribuir a sensibilizar a la población acerca de los derechos humanos de los pueblos indígenas y sobre la manera en que éstos pueden ejercerse.

Por lo general las INDH tienen competencias cuasi jurisdiccionales, que les facultan para investigar y, a veces, incoar demandas, así como para celebrar audiencias públicas e investigaciones nacionales sobre las violaciones de los derechos humanos de los pueblos indígenas.

PUNTOS CLAVE: CAPÍTULO 5

- **La Declaración es una resolución de la Asamblea General. Las resoluciones, por sí mismas, no generan obligaciones jurídicamente vinculantes para los Estados.**
- **La Declaración no crea derechos nuevos o especiales para los pueblos indígenas; más bien profundiza en las normas existentes y pone de relieve su aplicación a los pueblos indígenas**
- **En la Declaración se usa un lenguaje que impone obligaciones y responsabilidades a los Estados.**
- **Los órganos creados en virtud de los tratados usan la Declaración en sus informes y recomendaciones a los Estados.**
- **Los Principios de París ofrecen un amplio marco normativo en el que las INDH pueden llevar a cabo sus programas de trabajo específicos para fomentar la protección, promoción y realización de los derechos humanos de los pueblos indígenas.**

