

Obligaciones de los Estados en materia de derechos territoriales indígenas

Jernej Letnar Čerňič*

Resumen: Este artículo examina las obligaciones de los estados relativas al derecho de los pueblos indígenas a sus tierras ancestrales. La supervivencia y el desarrollo cultural de estos pueblos depende directamente de la conexión espiritual y física con sus tierras. También se argumenta que los derechos de los indígenas a sus tierras ancestrales derivan tanto del derecho internacional y como del nacional. Sus costumbres presentan un sistema de tenencia colectiva en lugar de un derecho individual de propiedad a la tierra. Las obligaciones estatales respecto a los derechos territoriales indígenas están basados en tratados internacionales sobre derechos humanos. En síntesis, el documento sostiene que los estados tienen la obligación de respetar, proteger y garantizar los derechos de los pueblos indígenas a sus tierras.

Palabras clave: pueblos indígenas, los derechos territoriales, obligaciones del Estado, la aplicación.

Abstract: This article examines state obligations under indigenous territorial rights. The cultural survival and development of indigenous peoples depends on their spiritual and factual connection with their lands. It argues that indigenous ancestral land rights derive from international and national law. Indigenous customs prefer a collective land tenure system to individual property rights. State obligations regarding indigenous ancestral land rights are based on international human rights treaties and national systems. In short, the paper argues that states have an obligation to respect, protect, and fulfil indigenous land rights. This article also examines their enforcement in the international and domestic arenas.

Keywords: indigenous peoples, territorial rights, state obligations, enforcement.

* Graduate School of Government and European Studies, Slovenia.

1. Introducción

Los pueblos Nuba son un grupo étnico indígena que vive en la zona de las montañas Nuba en Kordofán del Sur en el centro de Sudán. Está formado por una variedad de tribus de las montañas Nuba, pero que les une una cultura y modo de vida comunes. Salih afirma que «los Nuba son en efecto los pueblos indígenas de las montañas Nuba; tienen los más fuertes vínculos con sus tierras y han vivido en esta región desde antes de la colonización»¹. Ellos obtienen su sustento a través de la agricultura y la cría de animales. A lo largo de los siglos los pueblos Nuba han sido víctimas de sistemáticas violaciones de derechos humanos, de limpiezas étnicas y de luchas políticas colonizadoras llevadas a cabo desde británicos hasta árabes. Estos atentados aun no han cesado. Después de que Sudán del Sur declarara el 9 de junio de 2011 su independencia, los intentos del gobierno sudanés por doblegarles y destruirles se han intensificado. Recientemente, el *New York Times* informó el 3 de julio de 2011 que el ejército sudanés ha estado «atacando durante semanas sin descanso las montañas Nuba desde bombarderos de fabricación rusa Antonov. Cientos de civiles han sido asesinados, entre ellos muchos niños. Las bombas han caído en cabañas, sobre agricultores en el campo, sobre niñas que iban a buscar agua juntas, cortándolas por la mitad mientras sostenían los cubos en sus manos»². La tierra es fundamental para la existencia cultural, la identidad y la supervivencia socioeconómica de los pueblos Nuba. Tradicionalmente las leyes consuetudinarias han regulado la tenencia de la tierra en estas montañas. Sin embargo, los derechos a los territorios ancestrales de los pueblos indígenas Nuba han sido socavados por el moderno sistema sudanés de tenencia de la tierra.³ Los pueblos Nuba han sido empujados «sistemáti-

¹ M.A.M. Salih, «Land Alienation and Genocide in the Nuba Mountains, Sudan», *Cultural Survival Quarterly* 22 (1999), p. 10, y citado en Guma Kunda Komey, «The denied land rights of the indigenous peoples and their endangered livelihood and survival: The case of the Nuba of the Sudan», *31 Ethnic & Racial Stud.* 991 (2008), 991-1008.

² Jeffery Gettleman, «Sudanese Struggle to Survive Endless Bombings Aimed to Quell Rebels», *New York Times* (3 de julio de 2011), <http://www.nytimes.com/2011/07/04/world/africa/04sudan.html?ref=sudan>.

Véase también, Matteo Fagotto, «Nuba mountains bear scars of Sudan's forgotten war», *The Guardian* (3 de julio de 2011), <http://www.guardian.co.uk/world/2011/jul/03/nuba-mountains-scars-sudan-war>.

Véase también los informes y fotos de los ataques en Kordofan del Sur, 13 de febrero de 2011, http://www.tomokriznar.com/ang/index.php?li=12-01m17_southern_kordofan.

³ Guma Kunda Komey, «The denied land rights of the indigenous peoples and their endangered livelihood and survival: The case of the Nuba of the Sudan», *31 Ethnic & Racial Stud.* 992, 996.

camente al margen de las tierras tradicionalmente de su propiedad»⁴. Además, las cuestiones relativas a la propiedad de la tierra no fueron resueltas con el Acuerdo General de Paz⁵. Hay que tener en cuenta que las tierras ancestrales de los pueblos Nuba son fundamentales para su supervivencia y desarrollo. Sin ellas, una característica importante de su identidad cultural es destruida.

La precaria situación de los pueblos de las montañas Nuba es ilustrativa de la situación general de los pueblos indígenas y plantea una serie de preguntas que guardan relación con las obligaciones de los estados en materia de derechos de los pueblos indígenas sobre sus tierras ancestrales. Pasqualucci acertadamente señala que «los pueblos indígenas han sufrido durante mucho tiempo violaciones de sus derechos básicos a la tierra, ya sean perpetradas por el estado o por terceros que operen sin interferencia del estado»⁶. Los derechos de los indígenas a sus tierras ancestrales son derechos colectivos, pertenecen al grupo en su conjunto. Del mismo modo, Clinton señala que la «expropiación de la tierra y de los recursos de los pueblos indígenas en beneficio de la sociedad colonial dominante se repite en la mayoría de las sagas de contacto colonial entre poblaciones indígenas y el poder colonial»⁷.

Por tanto, las cuestiones de análisis son si los estados tienen obligaciones normativas para respetar los derechos de los pueblos indígenas a sus tierras ancestrales, y si las tienen conocer cuáles son sus fuentes, su naturaleza y su alcance. También lo que sucede cuando los estados infringen y privan a los pueblos indígenas del acceso a sus tierras ancestrales o cuando sistemáticamente acaban con el territorio ancestral indígena. Y por último, examinar dónde los pueblos indígenas pueden ejercitar acciones tras haber sufrido violaciones de sus derechos.

La base moral de los derechos indígenas a la tierra reside en la relación cultural y espiritual que une los pueblos indígenas a sus tierras. Las tierras ancestrales a menudo incluyen «lugares sagrados y sitios de culto que constituyen una condición *sine qua non* para la identidad cultural de los pueblos indígenas»⁸. Sin acceso a sus tierras ancestrales, los pueblos indígenas son despojados de un elemento de su identidad cul-

⁴ *Id.*, 1007.

⁵ *Id.*, 1004-06.

⁶ J.M. Pasqualucci, «International indigenous land rights: A critique of the jurisprudence of the Inter-American Court of Human Rights in the light of the United Nations Declaration on the Rights of Indigenous Peoples», 27 *Wis. Int'l. L.J.* (2010): 51, 59.

⁷ Robert N. Clinton, «The Rights of Indigenous Peoples as Collective Group Rights», 32 *Ariz. L. Rev.* 739 (1990): pp. 745-746.

⁸ J.M. Pasqualucci, *supra* nota 6, pp. 56-57.

tural⁹. El artículo 25 de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas señala que:

Los pueblos indígenas tienen derecho a mantener y fortalecer su propia relación espiritual con las tierras, territorios, aguas, mares costeros y otros recursos que tradicionalmente han poseído u ocupado y utilizado y a asumir las responsabilidades que a ese respecto les incumben para con las generaciones venideras.

La legitimidad moral de sus derechos radica en su conexión tradicional con las tierras que habitan. Los pueblos indígenas entienden la propiedad como un derecho colectivo, no como derechos individuales. Por lo tanto, el derecho consuetudinario de los pueblos indígenas da prioridad a un sistema de tenencia grupal de la tierra, en la que todos pueden utilizar las tierras, casas, jardines, escuelas, talleres, y los alrededores que son propiedad de la comunidad indígena en su conjunto.¹⁰

El Preámbulo de la Declaración de las Naciones Unidas señala que «los pueblos indígenas poseen derechos colectivos que son indispensables para su existencia, bienestar y desarrollo integral como pueblos»¹¹. Lo que es más, los pueblos indígenas deben ser tratados igualitariamente mientras que disfrutan de sus derechos. Alfredsson acertadamente señala que «los derechos de los pueblos indígenas ... son parte de los derechos humanos y deberían ser tratados de la misma manera»¹². Aún más elocuente, Wiessner afirma que «la conciencia colectiva de los pueblos indígenas, a menudo expresada en historias creadas o en similares cuentos sagrados sobre su origen, coloca a estos pueblos de manera inequívoca y desde tiempo inmemorial en el lugar de su existencia física»¹³. No solo un lugar físico es lo importante, pero «sus creencias hacen que permanezca en ese lugar un dictado convincente de fe»¹⁴. No se trata sólo de que sean valiosas las costumbres, la lengua y las tradiciones de los pueblos indígenas,

⁹ Véase, por ejemplo, Douglas A. Kibbee, «Minority Language Rights: Historical and Comparative Perspectives», 3 *Intercultural Human Rights Law Review* 79 (2008).

¹⁰ J.M. Pasqualucci, *supra* nota 6, p. 64.

¹¹ Preámbulo de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas.

¹² Gudmundur Alfredsson, *The Rights of Indigenous Peoples with a Focus on the National Performance and Foreign Policies of the Nordic Countries*, p. 529; http://www.zaoerv.de/59_1999/59_1999_2_a_529_54_2.pdf.

¹³ Siegfried Wiessner, «European Journal of International Law Symposium, 18 de junio de 2010», *International Law for Cultural Heritage*, European University Institute, Florence, The Cultural Rights of Indigenous Peoples —Esquema—, p. 8 (en el archivo del autor).

¹⁴ *Id.*

sino que también lo es la conexión espiritual con sus tierras ancestrales. Así es el razonamiento que está detrás del sistema colectivo de tenencia de la tierra.

El resto de este artículo está dedicado a la investigación de las obligaciones de los estados respecto a los derechos de los pueblos indígenas¹⁵. Se tratará de explorar la naturaleza, la fuerza y el alcance de estas obligaciones, y responder si hay estándares legales constantes internacionales o nacionales relativos a los derechos de los pueblos indígenas a sus tierras ancestrales. Esta tarea se divide en cinco pasos. La sección II proporciona una definición de pueblos indígenas. La sección III discute y analiza las fuentes de las obligaciones estatales. Su naturaleza y alcance se discuten en la sección IV. En la sección V se analiza el cumplimiento de las mismas de respetar los derechos indígenas a la tierra. Análisis del cumplimiento que se realiza en tres pasos: el primero a través de la discusión y el estudio de las observaciones del Comité de Naciones Unidas de Derechos Humanos; en segundo lugar examinando el mecanismo de ejecución según la Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas y el Convenio de la OIT n.º 169; y en tercer lugar, analizando el sistema de vigilancia de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. La sección VI evalúa la situación del marco normativo *de lege lata*. Sobre la base de este estudio la conclusión de la sección VII examina el valor añadido de las obligaciones estatales en esta materia y cómo podrían estos derechos implementarse mejor en el futuro. En general, el artículo intentará argumentar que los estados tienen la obligación de respetar, proteger y garantizar los derechos indígenas a su tierra tanto desde la perspectiva de los ordenamientos jurídicos nacionales y como desde el propio derecho internacional.

2. Definición de pueblos indígenas

Los derechos territoriales indígenas son objeto de controversia en el derecho internacional sobre derechos humanos y particularmente opuestos para los estados y territorios de América, Asia y Oceanía, que fueron «descubiertos» por los exploradores europeos a partir del siglo xv¹⁶. La mayor parte de esos territorios estaban habitados por los pueblos hoy en día co-

¹⁵ Véase, en general, Siegfried Wiessner, «Rights and Status of Indigenous Peoples: A Global Comparative and International Legal Analysis», *12 Harvard Human Rights Journal* (1999).

¹⁶ Véase, por ejemplo, Serv Wiemers, «The International Legal Status of North American Indians after 500 Years of Colonization», *5 Leiden Journal of International Law* (1992).

nocidos como «pueblos indígenas»¹⁷. Con la llegada de Cristóbal Colón en el otoño de 1492 a las costas de las Bahamas, comenzó un capítulo oscuro en la historia de los pueblos indígenas de América Central y Sur. Los que no murieron por enfermedades previamente desconocidas fueron sometidos a un tratamiento inhumano por parte de los conquistadores europeos¹⁸. Bartolomé de las Casas fue testigo de esas atrocidades y a partir de ahí argumentó que los pueblos indígenas son libres y tienen derecho a la dignidad humana¹⁹. De las Casas sostuvo por tanto que las personas deberían ser tratadas por igual. Describió su tesis más concretamente en su obra principal, *Brevísima relación de la destrucción de las Indias*²⁰. Y concluye su libro con las siguientes palabras refiriéndose a los colonizadores españoles en América «Y con color de que sirven al Rey deshonran a Dios y roban y destruyen al Rey»²¹.

No hay consenso sobre el término «pueblos indígenas» en el derecho internacional. Sin embargo, como observa Alfredsson, «las prácticas e instrumentos de los estados y las organizaciones internacionales, así como los escritos académicos, contienen indicaciones significativas en cuanto al contenido del término pueblo»²². A continuación, sostiene que «el territorio es la base principal para la definición de un pueblo», junto con las «características comunes nacionales, étnicas, lingüísticas y/o religiosas de los grupos y su deseo de mantener y desarrollar sus comunidades»²³. La cultura común es por tanto otra característica importante en la definición de los pueblos indígenas²⁴. La ONU define los pueblos indígenas de la siguiente manera:

Los descendientes actuales de los pueblos que habitaron el territorio actual de un país total o parcialmente en la época en que personas de cultura u origen étnico diferentes llegaron desde otras partes del mundo, los sometieron y, mediante la conquista, el doblamiento

¹⁷ S. James Anaya, *Indigenous peoples in international law* (2.ª edición, 2004); Patrick Thornberry, *Indigenous peoples and human rights* (2002).

¹⁸ Véase Eduardo Galeano, *Las venas abiertas de América Latina* (Catálogos, 2005).

¹⁹ Véase, por ejemplo, G.C. Marks, «Indigenous Peoples in international law: The significance of Francisco de Vitoria and Bartolomé de Las Casas», *Australian Yearbook of International Law* 13 (1992).

²⁰ Bartolomé de las Casas, *Brevísima relación de la destrucción de las Indias*, 1552, <http://www.ciudadseva.com/textos/otros/brevisi.htm>.

²¹ *Id.*

²² Gudmundur Alfredsson, «Peoples», *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, 2, <http://www.mpepil.com/>.

²³ *Id.*, 18.

²⁴ Alexandra Xanthaki, «Indigenous Cultural Rights in International Law», 2 *Eur. J.L. Reform* 343 (2000).

u otros medios, los redujeron a una situación no dominante o colonial; los que hoy día viven más en conformidad con sus costumbres y tradiciones sociales, económicas y culturales particulares que con las instituciones del país del que ahora forman parte, bajo una estructura de estado que incorpora principalmente las características nacionales, sociales y culturales de otros segmentos de la población que son predominantes.²⁵

De manera similar el Ex Relator Especial de Naciones Unidas para la Subcomisión de Prevención de Discriminaciones y Protección a las Minorías, José Martínez Cobo, define los pueblos indígenas de la siguiente manera:

...aquellos que, teniendo una continuidad histórica con las sociedades pre-invasoras y pre-coloniales que se desarrollaron en sus territorios, se consideran distintos de otros sectores de las sociedades dominantes en esos territorios o en partes de ellos. Ellos componen actualmente 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 para su continuidad como pueblos en conformidad a sus propios patrones culturales, instituciones sociales y sistemas legales.²⁶

Del mismo modo, Anaya señala que los pueblos indígenas pueden definirse como «los descendientes vivos de los habitantes pre-invasión de las tierras ahora dominados por otros. Los pueblos indígenas, naciones o comunidades son grupos culturalmente distintos que se encuentran absorbidos por las sociedades de colonos nacidas de las fuerzas del imperio y la conquista»²⁷. Como alternativa, Wiessner señala que «los pueblos indígenas son grupos orgánicos vulnerables con una relación especial hacia sus tierras ancestrales»²⁸. Y lo que es más, Daes enumera elementos que identifican a los pueblos indígenas:

i) existe una profunda relación entre los pueblos indígenas y sus tierras, territorios y recursos; ii) esta relación entraña diversas dimensiones y responsabilidades sociales, culturales, espirituales, económi-

²⁵ Documentos de las Naciones Unidas E/CN.4/Sub.2/1986/7/Add.4, §. 379.

²⁶ José R. Martínez Cobo, Relator Especial de la Subcomisión de Prevención de Discriminaciones y Protección a las Minorías, ONU Doc. E/CN.4/Sub.2/1986/7 y Add. 1-4, 5.

²⁷ Anaya, *supra* nota 17. Relator Especial sobre los derechos de los pueblos indígenas desde 2008.

²⁸ Wiessner, *supra* nota 13, § 11.

cas y políticas; iii) la dimensión colectiva de esta relación es importante; y iv) el aspecto intergeneracional de dicha relación también es fundamental para la identidad, la supervivencia y la viabilidad cultural de los pueblos indígenas.

Puede haber otros elementos referentes a los pueblos indígenas y su relación con sus tierras, territorios y recursos que no aparecen en esos ejemplos.²⁹

Las seis definiciones comparten patrones comunes que incluyen las ideas de territorio o tierra y de rasgos culturales comunes.

3. Las fuentes de los derechos de los pueblos indígenas en los ordenamientos jurídicos nacionales e internacionales

Las obligaciones de un estado en materia de derechos humanos derivan de un sistema normativo nacional y internacional. Los dogmas de todo sistema normativo son principios y reglas que crean derechos y obligaciones a los sujetos o participantes de ese sistema. A los pueblos indígenas les corresponden los mismos derechos que se aplican a individuos y los pueblos.³⁰ El derecho de propiedad es comúnmente aceptado por la mayoría de los ordenamientos jurídicos nacionales constitucionales y en el derecho internacional.³¹ Por ejemplo, se señala en el artículo 1 del Protocolo Adicional del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, que «toda persona física o jurídica tiene derecho al respeto de sus bienes».³² La fuerza normativa de las obligaciones estatales en materia de los derechos indígenas a sus tierras deriva de dos niveles: nacional e internacional. En esta sección se argumenta que el respeto de éstas obligaciones deriva en primer lugar del nivel internacional.

²⁹ Erica-Irene A. Daes, Relatora Especial de Naciones Unidas. Las poblaciones indígenas y su relación con la tierra, Comisión de Derechos Humanos, Subcomisión de Promoción y Protección de los Derechos Humanos, E/CN.4/Sub.2/2001/21, 11 de junio de 2001, § 20. <http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G01/141/82/PDF/G0114182.pdf?OpenElement>.

³⁰ Declaración de Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, A.G. res. 61/295, ONU. Doc. A/RES/47/1 (2007), artículo 1.

³¹ Declaración Universal de los Derechos Humanos, A.G. res. 217 A (III), ONU. Doc. A/810 p 71 (1948). El artículo 17 dice lo siguiente: 1. Toda persona tiene derecho a la propiedad, individual y colectivamente. 2. Nadie será privado arbitrariamente de su propiedad.

³² Protocolo del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales 213 U.N.T.S. 262, entrada en vigor el 18 de mayo de 1954.

3.1. *Los derechos territoriales indígenas en el derecho internacional sobre derechos humanos*

Los derechos indígenas sobre la tierra derivan de varios documentos internacionales sobre derechos humanos. Los estándares de derecho internacional provienen de mínimos comunes acordados por y vinculantes para toda la comunidad internacional, o parte de ella.³³

Los pueblos indígenas tienen derecho a la propiedad, que concretamente deriva de la segunda parte del Convenio de la OIT n.º 169 sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes.³⁴ Así el artículo 13(1) aunque no otorga directamente el derecho de los indígenas a sus tierras ancestrales, lo que hace es imponer la obligación a los estados de no dañar las «culturas y valores espirituales» en su «relación con las tierras o territorios, o con ambos» teniendo en cuenta «en particular los aspectos colectivos de esa relación.»

El territorio indígena puede ser definido como el «hábitat necesario para su vida colectiva, actividades, autogobierno y difusión cultural y social.»³⁵ Por otra parte, el artículo 14 del Convenio de la OIT n.º 169, que establece que «deberá reconocerse» el derecho a la propiedad y a la posesión de los pueblos indígenas sólo «sobre las tierras que tradicionalmente ocupan». Anaya señala que estas palabras « sugieren que la ocupación deba estar conectada con el presente a fin de que dé lugar a derechos posesorios ... Una conexión suficiente contemporánea con la tierra perdida puede ser probada con un apego cultural continuado para ellos, sobre todo si la desposesión ha ocurrido recientemente»³⁶.

³³ Geir Ulfstein, «Indigenous Peoples' Right to Land», *8 Max Planck Yearbook of United Nations Law* (2004).

³⁴ Convenio sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes (OIT No. 169), 72 ILO Official Bull. 59, entrada en vigor el 5 de septiembre de 1991. Hasta la fecha, sólo 22 Estados han ratificado esta Convención, http://www.oit.org.pe/WDMS/bib/publ/libros/convenio_169_07.pdf. Para más detalles, véase Athanasios Yupsanis «ILO Convention No. 169 Concerning Indigenous and Tribal Peoples in Independent Countries 1989-2009: An Overview», *Nordic Journal of International Law* 79 (2010), 433-456.

³⁵ Grupo de trabajo encargado de elaborar el proyecto de Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, Reunión del grupo de trabajo en la sección quinta del proyecto de declaración con especial énfasis en «Traditional Forms of Ownership and Cultural Survival, Right to Land and Territories» (Washington, D.C., Simon Bolivar Room, 7 y 8 de noviembre de 2002, OEA/Ser.K/XVI,GT/DADIN/doc.113/03 rev. 1, 20 de febrero de 2003), p. 3.

³⁶ S. James Anaya, «International Human Rights and Indigenous Peoples: The Move Toward the Multicultural State», *21 Journal of International and Comparative Law* 13 (2004), 10. Véase, también, G. Ulfstein, «Indigenous Peoples' Right to Land», *8 Max Planck Yearbook of United Nations Law* (2004), 18-19.

En cambio, el artículo 26(1) de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas estipula este derecho sobre « las tierras, territorios y recursos que tradicionalmente han poseído, ocupado o de otra forma utilizado o adquirido». ³⁷ Dando lugar a que se pueda comenzar a utilizarse una interpretación de la ocupación del territorio conectada con el pasado, y no necesariamente con el presente, de tal forma que los pueblos forzados a abandonar sus territorios tradicionales y que ahora viven en otras áreas, puedan estar en condiciones de ejercer sus derechos. ³⁸

Además, en este contexto, el artículo 2(2)(b) del Convenio de la OIT n.º 169 obliga también a los estados a promover «los derechos sociales, económicos y culturales ... respetando su identidad social y cultural, sus costumbres y tradiciones, y sus instituciones». Es el Informe General de África el que enfatiza la importancia de esta disposición y señala que los «derechos territoriales reconocidos en países postcoloniales a menudo no reconocen las tradiciones de los pueblos indígenas, sus costumbres y conceptos de la propiedad». ³⁹

De este modo, el artículo 14(1) del Convenio de la OIT n.º 169 señala que deben ser empleadas medidas para «salvaguardar el derecho de los pueblos interesados a utilizar tierras que no estén exclusivamente ocupadas por ellos, pero a las que hayan tenido tradicionalmente acceso para sus actividades tradicionales y de subsistencia» atendiendo en particular «la situación de los pueblos nómadas y de los agricultores itinerantes». ⁴⁰ Sin embargo, esta fuerte redacción queda algo debilitada por el artículo 16(1), que señala que «los pueblos interesados no deberán ser trasladados de las tierras que ocupan», pero «cuando excepcionalmente el traslado y la reubicación de esos pueblos se consideren necesarios, sólo deberán efectuarse con su consentimiento, dado libremente y con pleno conocimiento de causa.» ⁴¹ Y una vez que el motivo de la recolocación desaparece, se reconoce el dere-

³⁷ Declaración de Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, A.G. Res. 61/295, ONU. Doc. A/RES/47/1 (2007).

³⁸ S. James Anaya, «Maya Aboriginal Land and Resource Rights and the Conflict Over Logging in Southern Belize», *1 Yale Human Rights and Development Law Journal* (1998).

³⁹ OIT, Informe General del Proyecto de Investigación por la Organización Internacional del Trabajo y la Comisión Africana de Derechos Humanos y de los pueblos en la protección constitucional y legislativa de los derechos de los pueblos indígenas en 24 países africanos (2009), p. 88, http://www.chr.up.ac.za/chr_old/indigenous/overview_report/ILO_overview_report_web.pdf.

⁴⁰ Artículo 14(1) de la Convenio de la OIT n.º 169. En este sentido, el apartado 2 señala que «los gobiernos deberán tomar las medidas que sean necesarias para determinar las tierras que los pueblos interesados ocupan tradicionalmente y garantizar la protección efectiva de sus derechos de propiedad y posesión.»

⁴¹ *Id.*, artículo 16(2).f.

cho a regresar a sus tierras tradicionales «siempre que sea posible en cuanto dejen de existir las causas que motivaron su traslado y reubicación.»⁴² Igualmente el artículo 26 de la Declaración de las Naciones Unidas establece que «los pueblos indígenas tienen derecho a poseer, utilizar, desarrollar y controlar las tierras, territorios y recursos que poseen en razón de la propiedad tradicional u otro tipo tradicional de ocupación o utilización, así como aquellos que hayan adquirido de otra forma»⁴³ y que «los estados asegurarán el reconocimiento y protección jurídicos de esas tierras, territorios y recursos. Dicho reconocimiento respetará debidamente las costumbres, las tradiciones y los sistemas de tenencia de la tierra de los pueblos indígenas de que se trate.»⁴⁴ En resumen, el estado está obligado a respetar los derechos indígenas a sus tierras.

El artículo 16 del Convenio de la OIT n.º 169 aborda el desplazamiento de los pueblos indígenas, señalando en su apartado 2 que «la reubicación sólo deberá tener lugar al término de procedimientos adecuados establecidos por la legislación nacional, incluidas encuestas públicas, cuando haya lugar...». Y cuando no es posible, el retorno, es decir en circunstancias excepcionales, el apartado 4 impone obligaciones a los estados en los que viven pueblos indígenas, debiendo éstos «recibir en todos los casos posibles, tierras cuya calidad y cuyo estatuto jurídico sean por lo menos iguales a los de las tierras que ocupaban anteriormente, y que les permitan subvenir a sus necesidades y garantizar su desarrollo futuro». Por último, el apartado 5 prevé un derecho individual: «Deberá indemnizarse plenamente a las personas trasladadas y reubicadas por cualquier pérdida o daño que hayan sufrido como consecuencia de su desplazamiento».

El artículo 15(1) regula el acceso a los recursos naturales, afirmando que los pueblos indígenas gozan del derecho «a participar en la utilización, administración y conservación de dichos recursos».⁴⁵ El artículo 15(2) establece el derecho de participación de los indígenas en la toma de decisiones relacionadas con la prospección y explotación de recursos naturales.⁴⁶ El

⁴² *Id.*, artículo 16(3).

⁴³ Declaración de Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, A.G. Res. 61/295, ONU. Doc. A/RES/47/1 (2007), artículo 26(2).

⁴⁴ *Id.*, artículo 26(3).

⁴⁵ Convenio de la OIT n.º 169, artículo 15(1)

⁴⁶ Convenio de la OIT n.º 169, artículo 15(2), Véase S.J. Anaya, «Indigenous Peoples' Participatory Rights in Relation to Decisions About Natural Resource Extraction: The More Fundamental Issue of What Rights Indigenous Peoples Have in Lands and Resources», 22 *Arizona Journal of International and Comparative Law* (2005); S.J. Anaya, «The Native Hawaiian People and International Human Rights Law: Toward a Remedy for Past and Continuing Wrongs», 28 *Georgia Law Review* (1994); M.L. Ferch, «Indian Land Rights: An International Approach to Just Compensation», 2 *Transnational Law and Contemporary Problem* (1992). Véase, tam-

artículo 17 regula la autonomía de procedimientos de las tierras indígenas entre los propios pueblos indígenas.⁴⁷

Por lo tanto, los derechos indígenas a la tierra surgen de diferentes documentos internacionales sobre derechos humanos, vinculantes y no vinculantes. Pero además, hay quienes sostienen que los derechos territoriales indígenas derivan del derecho consuetudinario internacional.⁴⁸ Por ejemplo, en la Corte Suprema de Justicia de Belice, A.O. Conteh señaló que en su opinión « tanto el derecho internacional consuetudinario como el derecho internacional general requirieran que Belice respete los derechos de los pueblos indígenas a sus tierras y recursos».⁴⁹

De este análisis hay que reconocer que la protección de los derechos indígenas a la tierra es mucho más superficial que la protección del individuo dentro de los derechos humanos internacionales así como que la mayoría de las obligaciones estatales en este campo son suaves obligaciones legales. Mediante el examen de los sistemas nacionales, la siguiente sección mostrará que existen prácticas estatales y también *opinio juris* de respeto a los derechos indígenas a la tierra.

3.2. *Los ordenamientos jurídicos nacionales*

Los ordenamientos jurídicos nacionales proporcionan un nivel adicional de protección a los derechos de los pueblos indígenas a sus tierras tradicionales. Son varias las constituciones y leyes nacionales que reconocen los derechos indígenas a la tierra. La Constitución de Paraguay admite expresamente la existencia de pueblos indígenas (Indios), definidos como «grupos de cultura anteriores a la formación y organización del Estado paraguayo». El derecho de los indígenas a sus tierras se reconoce en el párrafo primero del artículo 64, que establece que «Los pueblos indígenas tienen derecho a la propiedad comunitaria de la tierra, en extensión y calidad suficientes para la conservación y el desarrollo de sus formas peculiares de vida». Además, el artículo 64(1) recoge una obligación para el estado, éste

bién, S. James Anaya, «Indian Givers: What Indigenous Peoples Have Contributed to International Human Rights Law», 22 *Washington University Journal of Law and Policy* (2006).

⁴⁷ Convenio de la OIT n.º 169, artículo 17.

⁴⁸ S. James Anaya, Robert A. Williams, «The Protection of Indigenous Peoples' Rights over Lands and Natural Resources Under the Inter-American Human Rights System», *Harvard International Law Journal*, pp. 53-74, <http://www.law.harvard.edu/students/orgs/hrj/iss14/williams.shtml#fn41>.

⁴⁹ *Aurelio Cal (por derecho propio y en nombre de la Comunidad Maya de Santa Cruz y otros) Vs. el Procurador General de Belice*, Sentencia de 18 de octubre de 2007, Tribunal Supremo de Belice, § 127, www.elaw.org/node/1620 (25 de mayo de 2009).

«les proveerá gratuitamente de estas tierras, las cuales serán inembargables, indivisibles, intransferibles, imprescriptibles, no susceptibles de garantizar obligaciones contractuales ni de ser arrendadas; asimismo, estarán exentas de tributo». El apartado 2 del artículo 64 se refiere a la reubicación y prohíbe «la remoción o traslado de su hábitat sin el expreso consentimiento de los mismos». ⁵⁰ Similarmente, la constitución de Bolivia señala en su artículo 31 «1) Las naciones y pueblos indígena originarios en peligro de extinción, en situación de aislamiento voluntario y no contactados, serán protegidos y respetados en sus formas de vida individual y colectiva. 2) Las naciones y pueblos indígenas en aislamiento y no contactados gozan del derecho a mantenerse en esa condición, a la delimitación y consolidación legal del territorio que ocupan y habitan.» ⁵¹ Parecida redacción se puede encontrar en la constitución de Ecuador, concretamente en su artículo 57 que señala: «Se reconoce y garantizará a las comunas, comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas, de conformidad con la Constitución y con los pactos, convenios, declaraciones y demás instrumentos internacionales de derechos humanos... (4) conservar la propiedad imprescriptible de sus tierras comunitarias, que serán inalienables, inembargables e indivisibles. Estas tierras estarán exentas del pago de tasas e impuestos. (5). mantener la posesión de las tierras y territorios ancestrales y obtener su adjudicación gratuita.» ⁵² También similar provisión puede encontrarse en el artículo 119 de la constitución de Venezuela. ⁵³ Todas estas disposiciones llevan al argumento de que el derecho indígena a la tierra ancestral deriva de ordenamientos jurídicos nacionales.

Diferentes tribunales nacionales en América Latina han protegido los derechos de los pueblos indígenas refiriéndose al Convenio de la OIT n.º 169. ⁵⁴ Por otra parte, Bolivia ha hecho que la Declaración de las Nacio-

⁵⁰ Véase, también, Rainer Grote, «The Status and Rights of Indigenous Peoples in Latin America», 59 *Heidelberg Journal of International Law* (ZaöRV) (1999).

⁵¹ Constitución de Bolivia, <http://www.presidencia.gob.bo/documentos/publicaciones/constitucion.pdf>.

⁵² Constitución de Ecuador, http://www.asambleanacional.gov.ec/documentos/constitucion_de_bolsillo.pdf.

⁵³ Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, artículo 119: «El Estado reconocerá la existencia de los pueblos y comunidades indígenas, su organización social, política y económica, sus culturas, usos y costumbres, idiomas y religiones, así como su hábitat y derechos originarios sobre las tierras que ancestral y tradicionalmente ocupan y que son necesarias para desarrollar y garantizar sus formas de vida.» Publicada en *Gaceta Oficial Extraordinaria* n.º 5.453 de la República Bolivariana de Venezuela. Caracas, viernes 24 de marzo de 2000.

⁵⁴ Véase *Application of Convention No. 169 by Domestic and International Courts in Latin America: A Case Book* (International Labour Office, Geneva: 2009), www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_norm/---normes/documents/publication/wcms_123946.pdf.

nes Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas sea obligatoria en su derecho interno.⁵⁵ Los ordenamientos jurídicos nacionales de Filipinas y Tailandia también protegen los derechos de los pueblos indígenas a sus tierras.⁵⁶ Más específicamente, el capítulo III de la Ley de los Pueblos Indígenas de 1997 de la República de Filipinas protege «los derechos indígenas a los dominios ancestrales».⁵⁷ Chigovera observa que «a pesar de la ausencia de disposiciones legales para la protección de los derechos de los pueblos indígenas, el gobierno de Namibia mantiene que la Constitución de Namibia establece un marco legislativo y normativo para la protección de las minorías indígenas».⁵⁸ Varios países africanos incorporan en sus marcos constitucionales derechos individuales y colectivos de los pueblos indígenas a la propiedad. Sin embargo, en sus sistemas jurídicos nacionales falta una base normativa explícita sobre los derechos de los pueblos indígenas a sus tierras ancestrales.⁵⁹ El artículo 29 de la Constitución de Ruanda afirma que «la propiedad privada, individual o colectiva, es inviolable».⁶⁰ Disposiciones similares pueden encontrarse en las legislaciones sobre las tierras de otros países africanos como Chad, Egipto, la República del Congo, Sudáfrica y Uganda. Esta falta de base normativa es común en la mayoría de países africanos. No obstante, los derechos de los pueblos indígenas a sus tierras ancestrales dentro de los ordenamientos jurídicos nacionales de África también derivan del derecho consuetudinario, formando una parte importante de esos sistemas legales.⁶¹ Además, el Informe General de África señala que «en casi todos los países de la región de África Central, las leyes consuetudinarias de la población Bantú son diferentes a las de los pueblos Pigmeos, ya que los territorios tradicionales de estos últimos comprende grandes extensiones de tierras o territorios en los que practican la caza, la recolección, la pesca y otras actividades. Estas tierras son consideradas un bien colectivo de la comunidad en su conjunto».⁶² Por lo tanto,

⁵⁵ Ley n.º 3760, *Gaceta Oficial* n.º 3039 (7 de noviembre de 2007).

⁵⁶ Alexandra Xanthaki, «Land Rights of Indigenous Peoples in South-East Asia», 4 *Melbourne Journal of International Law* (2003), p. 469.

⁵⁷ Ley de la República n.º 8371, Secciones 4 a 12, <http://www.chanrobles.com/republicactno8371.htm>.

⁵⁸ Andrew Chigovera, http://www.chr.up.ac.za/chr_old/indigenous/country_reports/Country_reports_Namibia.pdf, Informe País del Proyecto de Investigación de la Organización Internacional del Trabajo y la Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos relativo a la protección constitucional y legislativa de los derechos de los pueblos indígenas: Namibia.

⁵⁹ Véase el Informe General de África, *supra* nota 39, pp. 87-94.

⁶⁰ Constitución de Ruanda, artículo 29.

⁶¹ Informe General de África, *supra* nota 39, pp. 100-114.

⁶² *Id.*, p. 101.

el derecho consuetudinario indígena de la tierra constituye una parte importante de los ordenamientos jurídicos nacionales de los países africanos. Así también, el ordenamiento jurídico nacional de Nueva Zelanda recoge derechos indígenas a la tierra.⁶³ Incluso los tribunales australianos han reconocido en varios casos los derechos indígenas a la tierra.⁶⁴ Del mismo modo, los tribunales de Japón⁶⁵, Sudáfrica⁶⁶, Kenia⁶⁷, Perú⁶⁸, Filipinas⁶⁹ y Malasia⁷⁰ tienen un diálogo judicial único ratificando los derechos indígenas sobre sus tierras ancestrales. Asimismo, el artículo 5 de la Ley Noruega de Finnmark señala que «a través del uso prolongado de áreas de tierra y agua, los Sami han adquirido colectiva e individualmente derechos a la tierra en Finnmark».⁷¹

De este análisis se desprende que una serie de fuentes del derecho en los ordenamientos jurídicos nacionales reconocen el derecho de los pueblos indígenas a sus tierras ancestrales. Parece que está creciendo el apoyo a la idea de que los derechos indígenas a la tierra pueden derivar del derecho consuetudinario, así como de las protecciones constitucionales y normativas. Los estados se ven obligados a cumplir con las protecciones nacionales constitucionales y legislativas de los derechos indígenas. Derechos de los indígenas a las tierras que han sido respaldados por una serie de ordenamientos jurídicos nacionales en Europa, África, América y Asia. Se ha argumentado que las obligaciones de los estados en materia de derechos indígenas a la tierra derivan de los ordenamientos jurídicos

⁶³ S.M. Stevenson, «Indigenous Land Rights and the Declaration on the Rights of Indigenous Peoples: Implications for Maori Land Claims in New Zealand», 32 *Fordham International Law Journal* (2008-2009), p. 319.

⁶⁴ *Mabo v. Queensland* (1992), 175 C.L.R. 1 (Austl.), (*Mabo v. Queensland* (1988), 166 C.L.R. 186 (Austl.)).

⁶⁵ *Kayano et al. v. Hokkaido Expropriation Comm.*, 38 I.L.M. 397 (1999) (Japan) (holding that Japan was obligated under international law to recognize the Ainu as an indigenous people); Véase, también, J. Gilbert, «Historical Indigenous Peoples' Land Claims: A Comparative and International Approach to the Common Law Doctrine on Indigenous Title», 56 *Int'l & Comp. L.Q.* 583 (2007).

⁶⁶ *Alexkor Ltd. v. Richtersveld Cmty.* (2003), C.C.T. 19/03 (S. Afr.)

⁶⁷ *Lemeiguran v. Att'y Gen.* (2006), I.L.D.C. 698 (Kenya), available at http://www.oxfordlawreports.com/sample_article?id=/oril/Cases/law-ildc-698ke06&reco=1&.

⁶⁸ *Jaime Hans Bustamante Johnson* (2009), EXP. No. 03343-2007-PA/TC (Peru).

⁶⁹ *Isagani Cruz v. Sec. of Env't & Natural Res.* (2000), G.R. No. 135385 (Phil.).

⁷⁰ *Sagong Tasi v. Negeri Kerajaan Selangor* (2002), 2 C.L.J. 543 (Malay).

⁷¹ Ley de 17 de junio de 2005, n.º 85, sobre las relaciones jurídicas y la administración de tierras y recursos naturales en el condado de Finnmark (Ley de Finnmark). Véase, también, Malgosia Fitzmaurice Lachs, «Practical Implementation of Indigenous Peoples' Land Rights: A Case Study of the Russian Federation (Comparison with Certain Developments in Africa in Relation to Indigenous Peoples)», 3 *Y.B. Polar L.* 389 (2011).

nacionales y desde el nivel internacional. Después de haber obtenido una comprensión de los derechos indígenas a la tierra que derivan de los ordenamientos jurídicos nacionales, la siguiente parte analiza el alcance y la naturaleza de las obligaciones estatales en el respecto de los derechos territoriales indígenas.

4. La naturaleza y el alcance de los derechos indígenas a las tierras tradicionales ancestrales

En esta sección se examina la naturaleza y el alcance de los derechos indígenas a la tierra. En primer lugar se analiza su naturaleza colectiva y posteriormente las obligaciones tripartitas estatales de respetar, proteger y garantizar el derecho humano de los pueblos indígenas a sus tierras ancestrales.

4.1. La naturaleza colectiva de los derechos indígenas a la tierra

En el ámbito internacional de los derechos humanos se han regulado tradicionalmente los derechos de la persona entendiéndola a ésta como víctima de una violación, además de haberse construido los derechos humanos teniendo en cuenta la relación del individuo con el estado o, más recientemente, con los actores no estatales. Sin embargo, en algunas circunstancias es necesario proteger los derechos de los individuos como grupo, concretamente aquellas características que están mejor garantizadas a nivel colectivo, tales como: la identidad, las costumbres, las tradiciones, el idioma, la educación, la tierra, la participación y el autogobierno. En tales circunstancias la voz del grupo se escucha mucho más fuerte que la voz de un individuo en solitario. Los pueblos indígenas como grupo también son un socio mucho más fuerte de negociación con los estados y las organizaciones internacionales. Además las normas consuetudinarias y las tradiciones han regulado el reparto de la propiedad en las sociedades indígenas, no habiendo sido conocidos o reconocidos por parte de estas sociedades derechos humanos a la propiedad individuales. La propiedad ha sido más una cuestión colectiva.

En otras palabras, algunos derechos individuales están mucho mejor protegidos cuando se defienden en grupo. En este contexto, Alfredsson acertadamente señala que «si los derechos de grupo son rechazados y se les niega un trato preferente, las pautas discriminatorias persistirán y el ejercicio en igualdad de los derechos humanos por parte de las minorías

nunca se hará realidad». ⁷² La Corte Interamericana señaló muy claramente en el caso de la *Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tigni Vs. Nicaragua* 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». ⁷³ Los derechos indígenas a la tierra son por lo tanto derechos de grupo y colectivos en su naturaleza. Éstos pertenecen a los pueblos indígenas como un grupo. ⁷⁴ Anaya y Williams señalan que «entre las comunidades indígenas un sistema de grupo particular de tenencia de tierra es reconocido como la encarnación de un régimen de derechos de propiedad. Dentro del sistema correspondiente de normas consuetudinarias de los pueblos indígenas, la tenencia tradicional de la tierra es entendida generalmente como el establecimiento de la propiedad colectiva para la comunidad indígena y los derechos derivados entre los miembros de la comunidad.» ⁷⁵ Otra característica importante es que los derechos territoriales indígenas no son estáticos, sino que pueden cambiar con el tiempo a medida que las tierras utilizadas por los pueblos indígenas varían. La posesión tradicional de sus tierras por los pueblos indígenas puede ser probada mediante hechos objetivos como son sus prácticas y en derecho a través de opiniones de expertos. Por todo esto, los pueblos indígenas gozan de derechos colectivos sobre el territorio con el que están conectados tanto física como espiritualmente.

4.2. *Obligaciones tripartitas estatales para la observancia de los derechos indígenas a la tierra*

Esta sección examina la naturaleza y el alcance de las obligaciones del estado en materia de derechos indígenas a la tierra. En primer lugar se analiza la tipología tripartita de las obligaciones de derechos humanos. ⁷⁶

⁷² G. Alfredsson, *Institutional Trends: Minority Rights*, 20, <http://www.wcl.american.edu/humright/hracademy/documents/Class2-Reading3MinorityRightsNormsandInstitutions.pdf?rd=1>.

⁷³ Corte IDH., *Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni Vs. Nicaragua*. Sentencia de 31 de agosto de 2001. Serie C No. 79 (2001). §149.

⁷⁴ Lee Swepston y Roger Plant, «International Standards and the Protection of the Land Rights of Indigenous and Tribal Populations», *124 International Labour Review* (1985).

⁷⁵ Anaya y Williams, *supra* nota 48, p. 44.

⁷⁶ Véase M. Sepulveda, *The Nature of the Obligations under the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights* 157 (2003); ONU. Doc. E/CN.4/Sub.2/1987/23 (7 de julio de 1987) (por Asbjórn Eide) Asbjórn Eide, *The right to adequate food and to be free*

Esta tipología se refiere, en virtud de las doctrinas tradicionales de derechos humanos, a las obligaciones estatales.⁷⁷ Las obligaciones tripartitas de respetar, proteger y garantizar los derechos humanos se aplican universalmente a todos los derechos e implican una combinación de deberes negativos y positivos.⁷⁸ Sin embargo, el hecho de que el estado sea el portador de las obligaciones de derechos humanos no implica que sólo él tenga obligaciones. Shue señala a este respecto que «por cada derecho fundamental —y muchos otros derechos también— hay tres tipos de funciones, todas ellas deben llevarse a cabo para que el derecho fundamental sea completamente honrado, pero no todas ellas necesariamente deben ser realizadas por las mismas personas o instituciones.»⁷⁹

Las obligaciones tripartitas estatales de respetar, proteger y garantizar también se aplican para los asuntos relativos a los derechos indígenas a la tierra. Eide confirma este punto diciendo: «Debería tenerse en mente, sin embargo, que todos los miembros de una sociedad comparten la responsabilidad para la materialización de los derechos humanos».⁸⁰ El disfrute de los derechos de los indígenas a sus tierras ancestrales supone obligaciones estatales para respetar, proteger y garantizar esos derechos, que ade-

from hunger: Updated study on the right to food, submitted by Mr. Asbjørn Eide in accordance with Sub-Commission decision 1998/106, ONU Doc E/CN.4/Sub.2/1999/12; véase, también, Ida Elisabeth Koch, «Dichotomies, Trichotomies or Waves of Duties?», 5 Hum. Rts. L. Rev. 81.

⁷⁷ Comisión Internacional de Juristas-Ginebra (ICJ), *Maastricht Guidelines on Violations of Economic, Social and Cultural Rights*, 6, 26 de enero de 1997; Véase ONU, Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, *Observación general n.º 12: El Derecho a una Alimentación Adecuada (art. 11 del Pacto)* § 15, 12 de mayo de 1999. Véase Henry Shue, *Basic Rights: Subsistence, Affluence, and U.S. Foreign Policy* 52 (1980).

⁷⁸ Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, 30.ª Sesión., transmitida por carta de fecha 27 de mayo de 2002 el Director del Centro de Derechos Económicos y Sociales respecto de la Comunicación 155/96, § 44, ACHPR/COMM/A044/1 (27 de mayo de 2002). La Comisión interpretó la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos y desarrolló una cuádruple tipología de obligaciones de derechos humanos en el caso del Centro de Acción de Derechos Económicos y Sociales y el Centro de Derechos Económicos y Sociales contra Nigeria (Comunicación 155/96, 27 de mayo de 2002). Sostiene que «las ideas aceptadas internacionalmente de las diversas obligaciones engendradas por los derechos humanos, indican que todos los derechos —tanto los derechos civiles y políticos y los económicos y sociales— generan al menos cuatro niveles de deberes para un Estado, que se compromete a adherirse a un régimen de derechos, específicamente el deber de respetar, proteger, promover y garantizar estos derechos». *Id.* § 44.

⁷⁹ Shue, *supra* nota 77, 215. Véase, también, Asbjørn Eide, «Realization of Social and Economic Rights and the Minimum Threshold Approach», 10 *Hum. Rts. L.J.* 35, 37 (1989).

⁸⁰ Relator Especial sobre la Subcomisión de Prevención de Discriminaciones y Protección a las Minorías, *Report on the Right to Adequate Food as a Human Right*, Naciones Unidas-Consejo Económico y Social-Comisión de Derechos Humanos, § 65.

más se acompañan con obligaciones corolarias para asegurar el pacífico disfrute. Anaya y Williams señalan que «la negligencia pasiva por parte de los estados en no delimitar o en no asegurar las tierras de los pueblos indígenas se acompaña frecuentemente de activas afrontas a las conexiones que los pueblos indígenas pretenden mantener con las tierras y recursos naturales».⁸¹ Los estados son a menudo reacios en reconocer y proteger los derechos de los indígenas a sus tierras ancestrales, por eso es necesario trazar la naturaleza y el alcance de sus obligaciones.

En este contexto, Anaya y Williams distinguen dos grandes tipos de obligaciones legales relativas a las tierras indígenas: «La obligación de los estados de adoptar las medidas adecuadas para específicamente identificar y asegurar las tierras comunales de los pueblos indígenas» y «obligaciones estatales con respecto a los recursos naturales u otras iniciativas de desarrollo que afectan a las tierras indígenas».⁸² Esta división de las obligaciones del estado es de gran ayuda, sin embargo, en lugar de contar con ella como marco, es más útil apoyarse en el marco tripartito de respetar, proteger y garantizar los derechos indígenas propuesto por Asbjørn Eide.

Los estados tienen la obligación de garantizar el disfrute por parte de los pueblos indígenas de los derechos relativos a sus tierras. En el pasado los estados han descuidado frecuentemente su obligación de respetar los derechos indígenas, incluido el derecho a sus tierras. Ahora está claro el mínimo común denominador de las obligaciones estatales. El Documento Final de la Cumbre Mundial de 2005, establece que «cada estado individualmente es responsable de proteger a su población del genocidio, los crímenes de guerra, la depuración étnica y los crímenes de lesa humanidad».⁸³ La Declaración Final de este modo aclara que «esa responsabilidad conlleva la prevención de dichos crímenes, incluida la incitación a su comisión, mediante la adopción de las medidas apropiadas y necesarias».⁸⁴ Esta redacción fue tomada más tarde por el artículo 7 de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas y fortalecida en el artículo 8, que señala que «los pueblos y los indi-

⁸¹ Anaya y Williams, *supra* nota 48, p. 77.

⁸² *Id.* Véase, también, Siegfried Wiessner, «The Rights and Status of Indigenous Peoples: A Global Comparative and International Legal Analysis», 12 *Harv. Hum. Rts. J.* 57 (1999); Robert A. Williams, Jr. «Encounters on the Frontiers of International Human Rights Law: Redefining the Terms of Indigenous Peoples' Survival in the World», 1990 *Duke L.J.* 660.

⁸³ Resolución aprobada por la Asamblea General de Naciones Unidas de 2005. Documento Final de la Cumbre Mundial. 60.º período de sesiones, Doc. A/60/L.1 § 138.

http://www2.ohchr.org/spanish/bodies/hrcouncil/docs/gaA.RES.60.1_Sp.pdf.

⁸⁴ *Id.*

viduos indígenas tienen derecho a no ser sometidos a una asimilación forzada ni a la destrucción de su cultura».

LA OBLIGACIÓN DE LOS ESTADOS DE RESPETAR

Las obligaciones de los estados de respetar los derechos indígenas a la tierra supone que éstos se abstengan de interferir en su disfrute.⁸⁵ Esta regla proviene del antiguo principio romano *sic utere tuo ut alterum non laedas*.⁸⁶ Según Eide, la obligación de respetar exige que:

el estado, y por lo tanto todos sus órganos y agentes, se abstengan de hacer cualquier cosa que violente la integridad de la persona o quebrante a ésta o a su libertad, incluida la libertad de utilizar los recursos materiales disponibles para sí en la forma que él o ella considere mejor para satisfacer las necesidades básicas.⁸⁷

Esta obligación de respeto también obliga al estado a reconocer efectivamente el derecho de los pueblos indígenas a la participación en todos los asuntos que les conciernan.⁸⁸ Además supone que los estados deben hacer todo lo posible para evitar causar daños. Por ejemplo, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales señaló en sus observaciones finales sobre Finlandia que el país necesita que «encuentre una solución adecuada a la cuestión de la propiedad y el uso de la tierra en el territorio sami, en estrecha consulta con todas las partes interesadas, en particular el Parlamento Sami, y a que ratifique posteriormente el Convenio N.º 169 sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes».⁸⁹

⁸⁵ Véase Comité de Derechos Humanos, Observación General 23, el artículo 27 (Quincuagésimo período de sesiones, 1994), Recopilación de las observaciones generales y recomendaciones generales adoptadas por los órganos de tratados de derechos humanos, Doc. ONU. HRI/GEN/1/Rev.1, (1994), 38. § 7.

⁸⁶ Elizabeth E. Ruddick, Note, «The Continuing Constraint of Sovereignty: International Law, International Protection, and the Internally Displaced», 77 *B.U.L. Rev.* (1997): pp. 429, 471. La autora define el término en el sentido de «que uno debe utilizar su propia propiedad de tal manera que no lesione la del otro», *id.* at 471 n.231. También señala que esto se ha convertido en un término ampliamente aceptado en el derecho ambiental, *id.* pp. 470-71.

⁸⁷ Informe sobre el Derecho a una Alimentación Adecuada como Derecho Humano, p. 67.

⁸⁸ Convenio de la OIT n.º 169, artículo 6(1); Declaración Naciones Unidas, artículo 18; Anaya y Williams, *supra* nota 48, pp. 78-71, véase también J.M. Pasqualucci, *supra* nota 6, pp. 86-91.

⁸⁹ Naciones Unidas, Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales Doc. E/C.12/FIN/CO/5 (16 de enero de 2008), §20, <http://www.acnur.org/biblioteca/pdf/7921.pdf?view=1>.

Por lo tanto la obligación del estado de respetar incluye obligaciones no sólo para reconocer los derechos indígenas a la tierra, sino también para demarcarlos.⁹⁰

Esta obligación de reconocer y demarcar se desprende también de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Por ejemplo en *Awas Tingis Vs. Nicaragua* los derechos de los pueblos indígenas a sus territorios tradicionales se reconoció de la forma siguiente: «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.»⁹¹

La Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas establece en su artículo 26(1) que «Los Estados asegurarán el reconocimiento y protección jurídicos de esas tierras, territorios y recursos».⁹² Y continúa «Dicho reconocimiento respetará debidamente las costumbres, las tradiciones y los sistemas de tenencia de la tierra de los pueblos indígenas...».⁹³ Las medidas que los estados pueden adoptar para garantizar el respeto de los derechos territoriales indígenas son: su reconocimiento en la legislación nacional; el examen constante y consciente de las situaciones en que están en juego; el seguimiento con eficacia de las políticas que los protegen; la implementación de un sistema de control eficaz para garantizar que las políticas de derechos humanos relativas a los derechos sobre las tierras indígenas se están llevando a cabo. Es más, el estado no debe interferir en el sistema de tenencia de la tierra indígena pero debe reconocerlo como equivalente al sistema moderno basado en el derecho a la propiedad.⁹⁴ También tiene la obligación de prevenir e investigar violaciones, juzgar y sancionar a los responsables e indemnizar por los daños y perjuicios causados.⁹⁵ La siguiente sección analiza la obligación de los estados de proteger los derechos indígenas a la tierra.

⁹⁰ J.M. Pasqualucci, *supra* nota 6, pp. 61-33. Véase también Anaya y Williams, *supra* nota 48, pp. 75-77.

⁹¹ *Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni Vs. Nicaragua*. *supra* nota 73, §149. Véase también Leonardo J. Alvarado, *Prospects and Challenges in the Implementation of Indigenous Peoples' Human Rights in International Law: Lessons from the Case of Awas Tingni v. Nicaragua*, 24 ARIZ. J. INT'L & COMP. L. (2007), 609, 623-2.

⁹² Declaración de Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, A.G. Res. 61/295, ONU. Doc. A/RES/47/1 (2007), artículo 26(3).

⁹³ *Id.*

⁹⁴ J.M. Pasqualucci, *supra* nota 6, pp. 64-65.

⁹⁵ J.M. Pasqualucci, *supra* nota 6, pp. 70-72.

LA OBLIGACIÓN DE LOS ESTADOS DE PROTEGER

La obligación estatal de proteger supone preservar el disfrute individual y colectivo, así como apoyar la protección de la tierra. Es de naturaleza positiva y obliga al estado a adoptar medidas de protección para garantizar el cumplimiento de los derechos territoriales indígenas. Anaya destaca que esta obligación incluye «un ambicioso programa de reforma jurídica y política, acción institucional y reparaciones de los errores del pasado, con la participación de un gran número de agentes del Estado dentro de sus respectivos ámbitos de competencia».⁹⁶ Es habitual que grandes proyectos de desarrollo tengan lugar en territorio indígena. En estos casos, los estados están obligados a garantizar que los proyectos de desarrollo no tengan efectos adversos sobre la supervivencia y el desarrollo de los pueblos indígenas.⁹⁷ Además, los pueblos indígenas también tienen derecho a los beneficios derivados de los proyectos de desarrollo llevados a cabo en sus territorios.⁹⁸ Esto se ve confirmado por el artículo 20 de la Declaración de las Naciones Unidas.⁹⁹

La obligación de proteger es una obligación sustantiva y una obligación primaria en relación a la conducta de terceros, tales como grupos rebeldes o empresas. Los estados también tienen la obligación de garantizar que los agentes privados no violen los derechos indígenas a la tierra. En *Velásquez Rodríguez Vs. Honduras*, un caso relacionado con la desaparición de Manfredo Velásquez, la Corte Interamericana de Derechos Humanos declaró:

Un hecho ilícito violatorio de los derechos humanos que inicialmente no resulte imputable directamente a un Estado, por ejemplo, por ser obra de un particular o por no haberse identificado al autor de la trasgresión, puede acarrear la responsabilidad internacional del Estado, no por ese hecho en sí mismo, sino por falta de la debida diligencia para prevenir la violación o para tratarla en los términos requeridos por la Convención.¹⁰⁰

La norma de debida diligencia incluye, cuando particulares o entidades privadas puedan infringir derechos, la obligación estatal de actuar con

⁹⁶ Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas, S. James Anaya, A/HRC/9/9 (11 de agosto de 2008), § 48.

⁹⁷ Anaya y Williams, *supra* nota 48, pp. 81-83.

⁹⁸ *Id.*, pp. 83-84.

⁹⁹ Declaración Naciones Unidas, el artículo 20 señala: «1. Los pueblos indígenas tienen derecho a mantener y desarrollar sus sistemas o instituciones políticos, económicos y sociales, a disfrutar de forma segura de sus propios medios de subsistencia y desarrollo, y a dedicarse libremente a todas sus actividades económicas tradicionales y de otro tipo».

¹⁰⁰ Corte IDH, *Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras*. Sentencia de 29 de julio de 1988. Serie C No. 4. §172.

«el cuidado debido para prevenir, castigar, investigar o reparar el daño así causado».¹⁰¹ En *Velásquez*, la Corte IDH mantuvo que Honduras «está en el deber jurídico de prevenir, razonablemente, las violaciones de los derechos humanos, de investigar seriamente con los medios a su alcance las violaciones que se hayan cometido dentro del ámbito de su jurisdicción a fin de identificar a los responsables, de imponerles las sanciones pertinentes y de asegurar a la víctima una adecuada reparación».¹⁰² En *Herrera Rubio Vs. Colombia*, el Comité de Derechos Humanos hizo hincapié en el derecho de tomar medidas eficaces para remediar violaciones. Del mismo modo, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos sostuvo que «el estado no puede absolverse a sí mismo de la responsabilidad, delegando sus obligaciones a entidades privadas o particulares».¹⁰³ El estado, sin embargo, no puede ser responsable de todas las violaciones de los derechos indígenas a la tierra realizadas por un organismo privado. Con este fin, el estado sólo está obligado a contar con un sistema administrativo y judicial lo suficientemente adecuado de prevención y detención de violaciones, así como un sistema para proporcionar reparaciones a las víctimas de esas violaciones instigadas por entidades privadas.

LA OBLIGACIÓN DE LOS ESTADOS DE GARANTIZAR

La tercera categoría de las obligaciones estatales relativa a los derechos territoriales indígenas incluye la obligación de garantizar, lo que requiere que el estado adopte medidas activas para asegurar la disponibilidad, accesibilidad y asequibilidad de las tierras indígenas.¹⁰⁴ Los estados son y deben ser los principales responsables de cumplir esta obligación. Sin embargo, un grupo rebelde o una empresa puede convertirse en el titular principal de la obligación de garantizar estos derechos dentro de un estado desestructurado donde no haya un control eficiente del gobierno o autoridad que se ocupe de su protección.¹⁰⁵ Una situación similar puede ocurrir cuando hay empresas que operan en territorios donde un estado es incapaz de garantizar los derechos a la tierra de las personas que viven allí. El

¹⁰¹ Comité de Derechos Humanos, Observación General 31, § 8, <http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G04/419/59/PDF/G0441959.pdf?OpenElement>.

¹⁰² Corte IDH, *Caso Velásquez Rodríguez*, §174.

¹⁰³ Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Costello Roberts Vs. United Kingdom* (1995) 19 European Human Rights Reports *EHRR* 112, §. 27.

¹⁰⁴ Naciones Unidas, Consejo Económico y Social, Comisión de Derechos Humanos, Subcomisión de Promoción y Protección de los Derechos Humanos, Normas sobre las responsabilidades de las empresas transnacionales y otras empresas comerciales en la esfera de los derechos humanos ONU. Doc. E/CN.4/Sub.2/2003/12/Rev.2 (2003), 4.

¹⁰⁵ *Id.*, 7.

tamaño y la disponibilidad de recursos financieros de un estado jugarán un papel importante en el cumplimiento de estos estándares. Mientras que los recursos disponibles para el cumplimiento de las obligaciones de derechos humanos pueden no ser tan abundantes en los estados pequeños como en los grandes, cada uno puede adoptar tales políticas hasta el máximo de sus recursos disponibles.

En esta sección se ha tratado de mostrar que los estados tienen la obligación de respetar, proteger y garantizar los derechos indígenas a la tierra. En resumen, estos niveles intrínsecamente interconectados de obligaciones significan que los estados tienen obligaciones tripartitas de observancia de los derechos indígenas a la tierra.

5. Cumplimiento de las obligaciones estatales de observar los derechos indígenas a la tierra

El derecho a una reparación para las víctimas de violaciones de derechos humanos de manera individual o como grupo es un principio de todo sistema judicial en funcionamiento. La eficacia de todos los demás derechos se basa en el acceso a la tutela judicial efectiva. En esta sección se discute y analiza cuatro diferentes vías que permiten a las personas indígenas hacer que se cumplan las obligaciones estatales en materia de derechos indígenas. Los principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y de violaciones graves del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones, identifican la obligación del estado en relación con la norma de diligencia debida.¹⁰⁶ Los principios y directrices básicos sugieren que los estados están obligados a «adoptar disposiciones legislativas y administrativas y otras medidas apropiadas para impedir las violaciones»,¹⁰⁷ «investigar las violaciones de forma eficaz, rápida, completa e imparcial y, en su caso, adoptar medidas contra los presuntos responsables de conformidad con el derecho interno e internacional»,¹⁰⁸ «dar a quienes afirman ser víctimas de una violación de sus derechos humanos o del derecho humanitario un acceso equitativo y efectivo a la justicia, como se describe más adelante, con independencia

¹⁰⁶ Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y de violaciones graves del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones. Resolución 60/147 aprobada por la Asamblea General el 16 de diciembre de 2005.

¹⁰⁷ Principios y directrices básicos, 3(a).

¹⁰⁸ Principios y directrices básicos, 3(b).

de quién resulte ser en definitiva el responsable de la violación;»¹⁰⁹ y «proporcionar a las víctimas recursos eficaces, incluso reparación».¹¹⁰ Es decir, los estados tienen la obligación legal internacional de obedecer la norma de debida diligencia en materia de derechos indígenas territoriales.

En esta sección se analiza el cumplimiento de las obligaciones estatales de respetar los derechos indígenas a la tierra en tres pasos: en primer lugar, a través de la discusión y el análisis del cumplimiento de las observaciones del Comité de Derechos Humanos; en segundo lugar, examinando el mecanismo de ejecución en conformidad con la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas y el Convenio de la OIT n.º 169; y en tercer lugar, examinando el sistema de seguimiento de la Convención Interamericana de Derechos Humanos.

5.1. *El Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*

El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos prevé que toda víctima de una violación de un derecho recogido en el Pacto debe tener acceso a un recurso efectivo. El Pacto no se refiere directamente a los derechos de los pueblos indígenas, aunque su artículo 27 estipula los derechos de las minorías.¹¹¹ Y como señala Scheinin, «los grupos que se identifican a sí mismos como pueblos indígenas generalmente encajan bajo la protección del artículo 27, como “minorías”». ¹¹² El Protocolo Facultativo del Pacto establece el derecho a las comunicaciones individuales, facultando al Comité de Derechos Humanos para recibir las comunicaciones de aquellos individuos que aleguen haber sufrido violaciones de cualquiera de los derechos recogidos en el mismo¹¹³ y sólo después de haber agotado todos los

¹⁰⁹ Principios y directrices básicos, 3(c).

¹¹⁰ Principios y directrices básicos, 3(d).

¹¹¹ *Id.* El artículo 27 señala que «En los Estados en que existan minorías étnicas, religiosas o lingüísticas, no se negará a las personas que pertenezcan a dichas minorías el derecho que les corresponde, en común con los demás miembros de su grupo, a tener su propia vida cultural, a profesar y practicar su propia religión y a emplear su propio idioma».

¹¹² Martin Scheinin, *Indigenous Peoples' Land Rights Under the International Covenant on Civil and Political Rights*, Torkel Oppsahls minneseminar 28 de abril de 2004, Centro Noruego para los Derechos Humanos, Universidad de Oslo, p. 3, http://www.galdu.org/govat/doc/ind_peoples_land_rights.pdf.

¹¹³ Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, G.A. res. 2200A (XXI), 21 ONU GAOR Supp. (No. 16) 59, U.N. Doc. A/6316 (1966), 999 U.N.T.S. 302, entrada en vigor el 23 de marzo de 1976. Ratificado por 114 Estados Partes, 4.1.2012, <http://www2.ohchr.org/spanish/law/ccpr-one.htm>, Preámbulo.

recursos internos disponibles en su país. El Comité de Derechos Humanos está a partir de entonces obligado a comunicar sus observaciones al Estado Parte de que se trate y al denunciante.¹¹⁴ Sin embargo, del el Comité de Derechos Humanos no es un órgano judicial, a pesar de que sus «observaciones» muestren algunas similitudes a las decisiones judiciales.¹¹⁵ Además los datos de su informe del año 2010 confirman la profunda sombra que cae sobre el sistema de seguimiento, en concreto sobre la eficacia de su labor y del cumplimiento de sus observaciones por los estados parte.¹¹⁶ Hasta ahora de los 731 casos en que se encontraron violaciones, solo en 7 de ellos se ha sido descrito como satisfactorio el seguimiento y la respuesta del estado parte, y en 131 no se ha producido ninguna respuesta. Sin embargo, no se prevé ninguna sanción si el estado parte no colabora o no cumple las observaciones del Comité de Derechos Humanos.¹¹⁷ Por tanto, parece que es una deficiencia importante el modo de funcionamiento del Comité de Derechos Humanos, ya que carece de verdaderos «dientes» para sancionar a los infractores del Protocolo Facultativo y el Pacto y también porque no proporciona una reparación efectiva a las víctimas de violaciones de los derechos indígenas a sus tierras.

5.2. *La Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas y el Convenio de la OIT n.º 169*

La Declaración de las Naciones Unidas fue aprobada con 143 votos a favor, 4 votos en contra y la abstención de 11 países. Fue adoptada en

¹¹⁴ Observación General 33, Obligaciones de los Estados Partes con arreglo al Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, CCPR/C/GC/33 (25 de junio de 2009), §5(4), http://ccprcentre.org/doc/ICCPR/General%20Comments/CCPR.C.GC.33_Es.pdf.

¹¹⁵ El Comité de Derechos Humanos, la Observación General n.º 33, §11. Además el párrafo 12 señala: «12. El término empleado en el párrafo 4 del artículo 5 del Protocolo Facultativo para las decisiones del Comité es “observaciones” (en el texto francés se utiliza el término “constatations”, y en el inglés “views”). «En esas decisiones se exponen las constataciones del Comité sobre las violaciones alegadas por el autor y, cuando se ha comprobado la existencia de una violación, se señala el medio de reparar esa violación.»

¹¹⁶ Informe del Comité de Derechos Humanos Volumen I, 100.º, 101.º y 102.º período de sesiones, §98, http://ccprcentre.org/doc/ICCPR/General%20Comments/CCPR.C.GC.33_Es.pdf.

¹¹⁷ Reglas del Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas, Doc. CCPR/C/3/Rev.8 (22 de septiembre 2005), artículo 92: «El Comité podrá, antes de transmitir su dictamen sobre la comunicación al Estado Parte interesado, informar a ese Estado de si estima conveniente la adopción de medidas provisionales para evitar un daño irreparable a la víctima de la violación alegada. En tal caso, el Comité informará al Estado Parte interesado de que tal expresión de su opinión sobre las medidas provisionales no implica ningún juicio sobre el fondo de la comunicación».

2007.¹¹⁸ Australia, Canadá, Nueva Zelanda y los Estados Unidos de América votaron en contra de su aprobación.¹¹⁹ En el preámbulo la Asamblea General señala que proclama la Declaración «preocupada por el hecho de que los pueblos indígenas han sufrido injusticias históricas como resultado, entre otras cosas, de la colonización y de haber sido desposeídos de sus tierras, territorios y recursos, lo que les ha impedido ejercer, en particular, su derecho al desarrollo de conformidad con sus propias necesidades e intereses,» y «reconociendo la urgente necesidad de respetar y promover los derechos intrínsecos de los pueblos indígenas, que derivan de sus estructuras políticas, económicas y sociales y de sus culturas, de sus tradiciones espirituales, de su historia y de su filosofía, especialmente los derechos a sus tierras, territorios y recursos»¹²⁰ Anaya describe la Declaración de las Naciones Unidas como el reflejo del «consenso internacional existente con respecto a los derechos individuales y colectivos de los pueblos indígenas». De esta forma, se proporciona «la expresión más autorizada de ese consenso» y establece «un marco de acción para la plena protección y ejercicio de esos derechos».¹²¹ La Declaración de las Naciones Unidas tiene muy claro el derecho de recurso de los pueblos indígenas para hacer valer sus derechos. El artículo 27 obliga a los Estados a establecer y aplicar «un proceso equitativo, independiente, imparcial, abierto y transparente, en el que se reconozcan debidamente las leyes, tradiciones, costumbres y sistemas de tenencia de la tierra de los pueblos indígenas, para reconocer y adjudicar los derechos de los pueblos indígenas en relación con sus tierras, territorios y recursos, comprendidos aquellos que tradicionalmente han poseído u ocupado o utilizado. Los pueblos indígenas tendrán derecho a participar en este proceso.»

El artículo 28 establece también el derecho a dar su consentimiento libre, previo e informado. Y al respecto Davis sostiene que «mientras no se acometa un derecho de veto sobre el desarrollo de la tierra, algunos pue-

¹¹⁸ Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas (13 de septiembre de 2007). Véase, también, M. Davis, «Indigenous Struggles in Standard-Setting: The United Nations Declaration on the Rights of Indigenous Peoples», *9 Melbourne Journal of International Law* (2008): pp. 439-471; R.T. Coulter, «The U.N. Declaration on the Rights of Indigenous Peoples: A Historic Change in International Law», *45 Idaho Law Review* (2008-2009): pp. 539-553.

¹¹⁹ BBC News, *Indigenous right outlined by the UN* (13 de septiembre de 2007). http://news.bbc.co.uk/2/hi/in_depth/6993776.stm.

¹²⁰ Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas (13 de septiembre de 2007), Preámbulo.

¹²¹ Anaya, Informe 2010, § 20. Véase, también, David Fautsch, «An Analysis of Article 28 of the United Nations Declaration on the Rights of Indigenous Peoples, and Proposals for Freedom», *Michigan Journal of International Law*; vol. 31, afl. 2 (2010): pp. 449-473.

blos indígenas lo consideran un derecho de cuasi-veto. Su ambigüedad se debe a que era uno de los principios controvertidos en el grupo de la tierra y los recursos y porque de hecho hay muchos intentos en curso por definirlo internacionalmente.»¹²² Además, el artículo 28(1) establece el derecho a la reparación por los territorios tradicionalmente indígenas.¹²³ El estado tiene la obligación de compensar a los pueblos indígenas en la naturaleza.¹²⁴ Algunas de las funciones de control se llevan a cabo por el Foro Permanente para las Cuestiones Indígenas, a pesar de que éste no sea un órgano judicial, sino sólo un órgano consultivo del Consejo Económico y Social de Naciones Unidas.¹²⁵ De esta manera, la Declaración de las Naciones Unidas puede ser descrita como *lex imperfecta*. Una de sus debilidades ha sido el no haber logrado el apoyo de ninguno de los estados que tienen grandes poblaciones indígenas.¹²⁶ Davis señala que «la mayoría de los estados apoyaron el espíritu de los artículos pero consideraban que requerían de más precisión en su redacción debido a las imprecisiones de estos derechos en los sistemas de tenencia nacionales.»¹²⁷ Está claro, sin embargo, que los documentos sin fuerza obligatoria no tienen valor normativo como tratados en el ámbito internacional de los derechos humanos.¹²⁸ No obstante éstos lo que hacen es proporcionar una capa adicional de la que deriva el compromiso de los Estados de respetar los derechos de los pueblos

¹²² Megan Davis, «Indigenous Struggles in Standard-Setting: The United Nations Declaration on the Rights of Indigenous Peoples» (2008), 9(2), *Melbourne Journal of International Law* 439, 27. Véase, también, Stacy Fallon, «Don't Leave the Sami Out in the Cold: The Arctic Region Needs a Binding Treaty that Recognizes Its Indigenous People's Right to Self-Determination and Free, Prior and Informed Consent», *Law of the Sea Reports*; vol. 3, afl. 1 (2012): p. 29.

¹²³ Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, artículo 28(1): «Los pueblos indígenas tienen 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.»

¹²⁴ *Id.*, artículo 28(2): «Salvo que los pueblos interesados hayan convenido libremente en otra cosa, la indemnización consistirá en tierras, territorios y recursos de igual calidad, extensión y condición jurídica o en una indemnización monetaria u otra reparación adecuada.»

¹²⁵ Foro Permanente para las Cuestiones Indígenas, Naciones Unidas, <http://social.un.org/index/Default.aspx?alias=social.un.org/index/indigenouses>.

¹²⁶ Véase por ejemplo, Stephen Allen y Alexandra Xanthaki, eds., *Reflections on the UN Declaration on the Rights of Indigenous Peoples* (Oxford: Hart, 2011).

¹²⁷ Megan Davis, «Indigenous Struggles in Standard-Setting: The United Nations Declaration on the Rights of Indigenous Peoples» (2008), 9(2), *Melbourne Journal of International Law* 439, 26.

¹²⁸ Mauro Barelli, «The Role of Soft Law in the International Legal System: the Case of the United Nations Declaration on the Rights of Indigenous Peoples», *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 58, afl. 4 (2009): pp. 957-983.

indígenas a la tierra. La identificación de los derechos indígenas a sus tierras ancestrales es un gran ejercicio, del que la legislación no vinculante es solo una pequeña pero importante parte.

El Convenio de la OIT n.º 169 establece en su artículo 14(3) que los estados están obligados a establecer procedimientos adecuados «en el marco del sistema jurídico nacional para solucionar las reivindicaciones de tierras formuladas por los pueblos interesados». Anaya señala que «el artículo 14(3) es una respuesta a los procesos históricos que han afectado a los pueblos indígenas, procesos que han pisoteado su apego cultural a las tierras ancestrales, ignorado o minimizado su interés legítimo de propiedad, y dejándoles sin medios de subsistencia adecuados».¹²⁹ Aunque la Convención sólo ha recibido un puñado de ratificaciones, sus efectos se han observado sobre todo en América Latina. A pesar de la falta de un sólido mecanismo internacional dentro de la propia Organización Internacional del Trabajo¹³⁰, sus recientes estudios muestran que la legislación nacional y los órganos judiciales nacionales se refieren a ella.¹³¹ No obstante, los estados parte son requeridos cada cinco años para presentar una memoria sobre la aplicación del Convenio, que debe ser su consulta previamente compartida a nivel nacional no sólo con organizaciones de trabajadores y empresas, sino también con los pueblos indígenas.¹³² Las memorias son examinadas por la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones,¹³³ emitiendo un informe anual que es examinado en la OIT por la Comisión de Aplicación de Normas de la Conferencia que

¹²⁹ S. James Anaya, *supra* nota 36, 40.

¹³⁰ Acerca de los procedimientos de ejecución de la OIT, véase en general: http://www.ilo.org/safework_bookshelf/english?content&nd=857170272. Véase, también, Athanasios Yupsanis, «The International Labour Organization and its Contribution to the Protection of the Rights of Indigenous Peoples», *The Canadian Yearbook of International Law*, vol. 49 (2011): pp. 117-176/2012

¹³¹ OIT, Monitoreo de los Derechos de los Pueblos Indígenas y Tribales a través de los Convenios de la OIT. Una recopilación de los comentarios de los órganos de control de la OIT 2009-2010, http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_norm/---normes/documents/publication/wcms_150209.pdf.

Véase también Aplicación del Convenio n.º 169 de la OIT por Tribunales Nacionales e Internacionales en América Latina, http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_norm/---normes/documents/publication/wcms_116075.pdf.

¹³² Manual para los mandantes tripartitos de la OIT, Comprender el Convenio sobre pueblos indígenas y tribales, 1989 (núm. 169), 2013, p. 7, http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_norm/---normes/documents/publication/wcms_205230.pdf.

¹³³ Véase <http://www.ilo.org/global/standards/applying-and-promoting-international-labour-standards/committee-of-experts-on-the-application-of-conventions-and-recommendations/lang--es/index.htm>.

además selecciona comentarios que son debatidos.¹³⁴ El Manual de la OIT señala que a partir de entonces «las reclamaciones pueden ser presentadas por las organizaciones de empleadores o de trabajadores en virtud del Artículo 24 de la Constitución de la OIT en caso de una supuesta violación al Convenio. Las reclamaciones se remiten a un comité tripartito establecido por el Consejo de Administración, que formula conclusiones y recomendaciones.»¹³⁵ Por tanto, existen algunos mecanismos para la aplicación del Convenio de la OIT n.º 169. Sin embargo, su valor directo como mecanismo para hacer respetar los derechos indígenas aún sigue en duda.

Teniendo todo en cuenta, la Declaración de las Naciones Unidas y el Convenio de la OIT n.º 169 no han logrado establecerse como una herramienta útil para la aplicación de los derechos indígenas a la tierra. Aunque los estados no están legalmente obligados por la Declaración, la referencia a ésta en la legislación nacional podría implicar una tendencia emergente con la que los estados se consideren a sí mismos obligados.

5.3. *Convención Americana sobre Derechos Humanos*

La Convención Americana sobre Derechos Humanos es el tratado regional de obligado cumplimiento en América.¹³⁶ La Comisión Interamericana de Derechos Humanos y la Corte Interamericana de Derechos Humanos son responsables de supervisar el cumplimiento de la Convención por parte de los estados miembros. Anaya y Williams señalan que la Corte Interamericana tiene «la facultad de exigir a los estados que han aceptado su jurisdicción que adopten medidas correctivas por la violación de derechos humanos».¹³⁷ Puede decirse que la Corte Interamericana ha desarrollado en las últimas décadas, de la forma más extensa y avanzada los derechos de los pueblos indígenas, incluido el derecho a sus tierras.

Por ejemplo, la Corte Interamericana señaló en *Awas Tingis Vs. Nicaragua* que «Los indígenas por el hecho de su propia existencia tienen dere-

¹³⁴ Véase <http://www.ilo.org/global/standards/applying-and-promoting-international-labour-standards/conference-committee-on-the-application-of-standards/lang-es/index.htm>.

¹³⁵ Manual para los mandantes tripartitos de la OIT, Comprender el Convenio sobre pueblos indígenas y tribales, 1989 (núm. 169), 2013, pp. 7-8, http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/-ed_norm/-normes/documents/publication/wcms_205230.pdf.

¹³⁶ Convención Americana sobre Derechos Humanos, «Pacto de San José de Costa Rica» Serie sobre Tratados OEA n.º 36-Registro ONU 27/08/1979 N.º 179551144 U.N.T.S. 123, entrada en vigor el 18 de julio de 1978, *reprinted in* Basic Documents Pertaining to Human Rights in the Inter-American System, OEA/Ser.L.V/II.82 doc.6 rev.1 at 25 (1992).

¹³⁷ Anaya y Williams, *supra* nota 48, p. 38.

cho 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». ¹³⁸ Del mismo modo, la Corte observó en el caso de la *Comunidad indígena Yakye Axa Vs. Paraguay* que «al desconocerse el derecho ancestral de los miembros de las comunidades indígenas sobre sus territorios, se podría estar afectando otros derechos básicos, como el derecho a la identidad cultural y la supervivencia misma de las comunidades indígenas y sus miembros». ¹³⁹ Por el contrario, la Corte señaló en el párrafo siguiente que «la restricción que se haga al derecho a la propiedad privada de particulares pudiera ser necesaria para lograr el objetivo colectivo de preservar las identidades culturales en una sociedad democrática y pluralista». ¹⁴⁰ En resumen, el derecho a la propiedad no es absoluta. En el caso de la Comunidad indígena *Sawhoyamaya Vs. Paraguay*, la Corte señaló que « las comunidades indígenas pueden tener una significación colectiva, en el sentido de que la pertenencia de ésta 'no se centra en un individuo sino en el grupo y su comunidad' ». ¹⁴¹ Además, la Corte señaló que «el mero hecho de que las tierras reclamadas estén en manos privadas, no constituye per se un motivo 'objetivo y fundamentado' suficiente para denegar *prima facie* las solicitudes indígenas. En caso contrario, el derecho a la devolución carecería de sentido y no ofrecería una posibilidad real de recuperar las tierras tradicionales, limitándose únicamente a esperar la voluntad de los tenedores actuales, y forzando a los indígenas a aceptar tierras alternativas o indemnizaciones pecuniarias». ¹⁴² Esto significa que los estados también tienen que proteger los derechos indígenas a la tierra en relación a terceros.

Además, no hay ninguna restricción de tiempo en el derecho a la reparación. ¹⁴³ La obligación de respetar incluye el deber del estado de reconocer y demarcar las tierras indígenas. La Corte en *el Pueblo Saramaka Vs. Surinam* observó que «más que un privilegio para usar la tierra, el cual

¹³⁸ Corte IDH, *Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni Vs. Nicaragua*. Sentencia de 31 de agosto de 2001 (Fondo, Reparaciones y Costas). Serie C No. 79, http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_79_esp.pdf.

¹³⁹ Corte IDH, *Comunidad indígena Yakye Axa Vs. Paraguay*, Sentencia de 17 de junio de 2005 (Fondo, Reparaciones y Costas). Serie C No. 125. §147.

¹⁴⁰ *Id.* §148.

¹⁴¹ Corte IDH, *Comunidad indígena Sawhoyamaya Vs. Paraguay*, Denuncia No. 0322/2001, Sentencia de 29 de marzo de 2006 (Fondo, Reparaciones y Costas), § 120, citando el *Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni Vs. Nicaragua*, *supra* nota 73, § 149, http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_146_esp2.pdf.

¹⁴² *Id.* §138.

¹⁴³ *Id.* §131-134.

puede ser despojado por el Estado u opacado por derechos a la propiedad de terceros, los integrantes de pueblos indígenas y tribales deben obtener el título de su territorio a fin de garantizar el uso y goce permanente de dicha tierra». ¹⁴⁴ Además, señaló que «este título debe ser reconocido y respetado, no sólo en la práctica, sino que en el derecho, a fin de salvaguardar su certeza jurídica. A fin de obtener dicho título, el territorio que los miembros del pueblo Saramaka han usado y ocupado tradicionalmente debe ser primero demarcado y delimitado, a través de consultas realizadas con dicho pueblo y con los pueblos vecinos». ¹⁴⁵ En última instancia, la labor de la Corte Interamericana es un paso en la dirección correcta. Sin embargo, sería mejor si mediante más de estos mecanismos que fueran establecidos, los pueblos indígenas pudieran ejercer sus derechos.

6. Conclusión

Las secciones anteriores han demostrado que los pueblos indígenas están excluidos en gran medida de los foros internacionales cuando se trata de hacer valer sus derechos. ¹⁴⁶ Y cuando los mecanismos de control existen, éstos en la mejor de las situaciones son ineficaces, y en la peor sólo tienen un significado simbólico en la aplicación de los derechos indígenas a la tierra. A pesar de la vigencia de mecanismos internacionales como el Convenio de la OIT n.º 169 y la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, estos derechos son inexistentes, de tal forma que los pueblos indígenas solo cuentan con mecanismos cuasijudiciales tales como el sistema de comunicaciones individuales en virtud del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Sistema que demuestra algunos problemas, como su incapacidad para imponer decisiones vinculantes a los estados.

Dada la posibilidad de reforma del Protocolo Facultativo en el futuro, las revisiones pueden ser necesarias para hacer frente a esta deficiencia. De tal manera que el Comité de Derechos Humanos pueda desempeñar un papel considerable en la creación de un marco ventajoso para la regulación

¹⁴⁴ Corte IDH, *el Pueblo Saramaka Vs. Surinam*, Serie C No. 172. Sentencia de 28 de noviembre de 2007, § 115; véase, también, Lisi Brunner, «The Rise of Peoples' Rights in the Americas: The Saramaka People Decision of the Inter-American Court of Human Rights», *Chinese Journal of International Law*, volumen 7, Issue 3, pp. 699-711.

¹⁴⁵ *Id.* §115.

¹⁴⁶ Harriet Ketley, «Exclusion by Definition: Access to International Tribunals for the Enforcement of the Collective Rights of Indigenous Peoples», *8 International Journal on Minority and Group Rights* (2001).

de las actividades de los estados, en particular en relación con los derechos indígenas. El Pacto podría desempeñar un papel constructivo en los esfuerzos para mejorar la responsabilidad estatal con los derechos humanos, incluso a pesar de su falta de autoridad para emitir decisiones vinculantes e imponer sanciones. Pero facultar al Comité de Derechos Humanos para que adopte soluciones vinculantes a las controversias y aplique sanciones, requeriría sin embargo una revisión significativa del Pacto y sus protocolos, un proceso al que los estados partes podrían oponerse, eventualmente socavando todo el sistema que se ha desarrollado hasta la fecha.

Debido a que no existe una protección judicial efectiva de los derechos indígenas a la tierra, cuestiones como la inaccesibilidad deberían ser abordadas y reforzadas por los sistemas judiciales nacionales. Los estados deben responsabilizarse por el incumplimiento de las obligaciones sobre los derechos indígenas a la tierra. Cuando un estado no cumpla con sus obligaciones, las víctimas de violaciones de derechos humanos deben disponer de aquellos recursos que sean adecuados y eficaces. En el futuro, el Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas podría considerar el establecimiento de un grupo de trabajo de expertos o de mecanismos de denuncia para recibir las quejas de individuos y de pueblos. Algunos comentaristas han abogado por un tribunal mundial de derechos humanos.¹⁴⁷ Este órgano para la resolución de reclamaciones también podría examinar comunicaciones de los pueblos indígenas como víctimas de violaciones de los derechos a la tierra.

La supervivencia cultural y la existencia de los pueblos Nuba y de otros pueblos indígenas está ligada a su tierra ancestral. Si la limpieza étnica perpetrada por el gobierno de Sudán tiene éxito, una parte vital de su identidad habrá desaparecido.

El objetivo general de este artículo ha sido examinar las obligaciones de los estados con respecto a los derechos indígenas a la tierra, que derivan tanto de un nivel internacional como nacional. Los pueblos indígenas perciben los derechos de propiedad de forma colectiva y no individual. De esta manera, los estados están obligados a respetar los sistemas colectivos de tenencia de la tierra indígena. También se ha argumentado que los estados están obligados a respetar, proteger y cumplir los derechos indígenas a la tierra. Si bien puede llegarse a la conclusión de que los derechos

¹⁴⁷ Véase, por ejemplo, Martin Scheinin, *Towards a World Court of Human Rights, Research report within the framework of the Swiss Initiative to commemorate the 60th anniversary of the Universal Declaration of Human Rights*, 30 de abril de 2009, http://www.eui.eu/Documents/Departments_Centres/Law/Professors/Scheinin/WorldCourtReport30April2009.pdf; Manfred Nowak, «The Need for a World Court of Human Rights», *Human Rights Law Review*, volumen 1, número 1 (2007): pp. 251-259.

indígenas a la tierra están adecuadamente incorporados en algunos ordenamientos jurídicos nacionales, también es evidente que éstos podrían estar más protegidos, implementados y fortalecidos. Todavía puede apreciarse que estas obligaciones estatales son más o menos *lex imperfecta*, ya que no prevén sanciones claras en caso de violaciones. La protección y promoción de los derechos indígenas a la tierra de manera genérica adolecen de una falta de aplicación efectiva en el plano internacional. A pesar de las iniciativas que se están llevando a cabo por vías diferentes en un intento de lograr una mejor protección, deben establecerse procedimientos y mecanismos eficaces de revisión internacional para proteger toda presunta violación estatal de los derechos indígenas a la tierra y asegurar que se asuman responsabilidades. Hasta que llegue el momento en que se hagan verdaderos esfuerzos para mejorar el cumplimiento de los derechos indígenas a la tierra, una parte esencial del acceso de las víctimas a la justicia permanecerá ausente.

Derechos de autor (Copyright)

Los derechos de autor de esta publicación pertenecen a la editorial Universidad de Deusto. El acceso al contenido digital de cualquier número del Anuario de Acción Humanitaria y Derechos Humanos (en adelante Anuario) es gratuito inmediatamente después de su publicación. Los trabajos podrán descargarse, copiar y difundir, sin fines comerciales y según lo previsto por la ley. Así mismo, los trabajos editados en el Anuario pueden ser publicados con posterioridad en otros medios o revistas, siempre que el autor indique con claridad y en la primera nota a pie de página que el trabajo se publicó por primera vez en el Anuario, con indicación del número, año, páginas y DOI (si procede). La revista se vende impresa Bajo Demanda.