



Asamblea General

Distr. general
15 de julio de 2020
Español
Original: inglés

Consejo de Derechos Humanos

45º período de sesiones

14 de septiembre a 2 de octubre de 2020

Temas 3 y 5 de la agenda

**Promoción y protección de todos los derechos humanos,
civiles, políticos, económicos, sociales y culturales,
incluido el derecho al desarrollo**

Órganos y mecanismos de derechos humanos

El derecho a la tierra en el marco de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas: un enfoque centrado en los derechos humanos

Estudio del Mecanismo de Expertos sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas

Resumen

El Mecanismo de Expertos sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas llevó a cabo el presente estudio en cumplimiento de la resolución 33/25 del Consejo de Derechos Humanos.

El estudio concluye con la opinión núm. 13 del Mecanismo de Expertos relativa al derecho a la tierra de los pueblos indígenas (véase el anexo).



I. Introducción

1. De conformidad con la resolución 33/25 del Consejo de Derechos Humanos, el Mecanismo de Expertos sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas decidió, en su 12º período de sesiones, celebrado en julio de 2019, elaborar un estudio sobre los derechos territoriales de los pueblos indígenas. Con ese fin, el Mecanismo de Expertos celebró un seminario en Pretoria los días 30 de septiembre y 1 de octubre de 2019. El presente estudio ha aprovechado las ponencias presentadas en el seminario y las comunicaciones de Estados Miembros, pueblos indígenas, instituciones nacionales de derechos humanos, académicos y otros agentes¹. La Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas es el único instrumento jurídico internacional de derechos humanos que presta una atención específica a la importancia global de las tierras, los territorios y los recursos para los pueblos indígenas. Se basa en instrumentos de derechos humanos y en el Convenio sobre Pueblos Indígenas y Tribales, 1989 (núm. 169), de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), cuyos artículos 13, 14 y 16 son similares a los artículos 25, 26 y 10 de la Declaración.

2. El reconocimiento explícito en la Declaración del derecho de los pueblos indígenas a sus tierras, territorios y recursos trata de subsanar una larga historia de desposesión ilegal e injusta, que continúa hoy en día. El presente estudio pretende contribuir a que se comprendan los derechos que figuran en la Declaración (artículos 25 a 28), las obligaciones de los Estados que se derivan de ellos y la práctica de los Estados en la adopción de medidas para hacer efectivos esos derechos. Se emprendió con el telón de fondo de un aumento de los conflictos sobre las tierras indígenas debido a la destrucción, la invasión y el acaparamiento de tierras, y un aumento proporcional de la criminalización, el acoso y la violencia contra los defensores de tierras indígenas². La creciente militarización de las tierras indígenas en varias regiones, reconocida y explicada en mayor detalle en el estudio del Mecanismo de Expertos sobre la migración y los desplazamientos, también obstaculiza gravemente el disfrute de sus tierras por los pueblos indígenas³. El presente estudio no desarrolla los aspectos de procedimiento de los derechos territoriales, un tema que se ha tratado en estudios anteriores⁴.

3. El nivel de protección de los derechos territoriales varía de una región a otra; algunos Estados han establecido medios sofisticados, aunque a menudo demasiado complejos, para conceder la tenencia de la tierra a los pueblos indígenas, mientras que otros no han reconocido en absoluto a los pueblos indígenas, y mucho menos su derecho a la tierra. Otros Estados incluso siguen persiguiendo a los pueblos indígenas. La brecha en cuanto a la observancia sigue siendo amplia y la falta de reconocimiento de los derechos territoriales contribuye a la violencia que se está produciendo en muchas regiones. La consecución de los Objetivos de Desarrollo Sostenible, varios de los cuales se refieren a los derechos territoriales, brinda a los Estados la oportunidad de asegurar a los pueblos indígenas el control sobre sus tierras, territorios y recursos⁵. El interés que despiertan a nivel internacional el cambio climático y la justicia climática constituye también una oportunidad para reconocer la contribución fundamental de los pueblos indígenas a la protección del medio ambiente y el mantenimiento de la biodiversidad⁶.

¹ Las ponencias y comunicaciones pueden consultarse en www.ohchr.org/EN/Issues/IPeoples/EMRIP/Pages/Call.aspx.

² Véase A/HRC/39/17, comunicación del Foro de Asia y el Pacífico sobre la Mujer, el Derecho y el Desarrollo y comunicación del Grupo Internacional de Trabajo sobre Asuntos Indígenas.

³ A/HRC/EMRIP/2019/2/Rev.1.

⁴ A/HRC/15/35, A/HRC/18/42, A/HRC/21/55 y A/HRC/39/62.

⁵ Objetivos de Desarrollo Sostenible 1 y 2: meta 1.4, meta 2.4 y meta 2.5.

⁶ El Acuerdo de París (art. 7), la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático y la Plataforma de las Comunidades Locales y los Pueblos Indígenas.

4. La crisis de la enfermedad por coronavirus (COVID-19), que comenzó a principios de 2020, ha resaltado las crudas desigualdades entre los pueblos indígenas y otros, en todas las esferas de sus vidas, incluida la de la tierra⁷. La falta de unos derechos territoriales seguros, que incluye una falta de respeto por las fronteras y la gobernanza indígenas, ha hecho que fuera muy difícil para los pueblos indígenas proteger sus comunidades frente a la enfermedad. Además, ha habido denuncias de incursiones ilegales en tierras indígenas por parte de leñadores y mineros, entre otros lugares en la región del Amazonas, y se teme por la seguridad de pueblos indígenas en aislamiento voluntario y en contacto inicial, que son particularmente vulnerables a la COVID-19.

II. Importancia de los derechos territoriales para los pueblos indígenas y vínculo entre los derechos territoriales y otros derechos

A. Importancia de los derechos territoriales para los pueblos indígenas

1. La tierra no es una mercancía

5. Para los pueblos indígenas, la tierra no es solo, ni siquiera principalmente, un activo económico. Es el elemento que define su identidad y cultura y su relación con los antepasados y las generaciones futuras. El acceso a las tierras, territorios y recursos se obtiene a través de la pertenencia a la comunidad, no del mercado libre. En el caso de los pueblos indígenas, los derechos territoriales suelen ser intergeneracionales y, por lo tanto, conllevan una obligación de administrarlos en beneficio de los miembros presentes y futuros y como base para seguir existiendo como pueblo⁸. En virtud de la ley amazigh, por ejemplo, la tierra se considera no solo una fuente de producción, sino también una forma de refugio, un lugar donde sentirse seguro y una fuente de sentido de pertenencia e identidad⁹.

2. Respeto de las costumbres, tradiciones y sistemas de tenencia de la tierra

6. Los pueblos indígenas tienen sus propias costumbres, tradiciones y sistemas de tenencia de la tierra, que se deben respetar. Esos sistemas se ven menoscabados por la institución de derechos territoriales individuales, en lugar de colectivos, y el otorgamiento de atribuciones sobre las tierras que consuetudinariamente han sido propiedad de pueblos indígenas del Estado de que se trate. Cuando no se incluye en los procedimientos de reconocimiento de títulos el derecho consuetudinario, los derechos territoriales de los pueblos indígenas no quedan plenamente protegidos. En el Paraguay, aunque se ha concedido un título de propiedad de la tierra a los pueblos indígenas, no se ha hecho en función del uso histórico o la tradición, sino en función de un cálculo de la cantidad de tierra que se sería necesaria para mantener la viabilidad económica y cultural de las comunidades¹⁰. Incluso en los Estados en los que la mayoría de las tierras se encuentran en régimen de tenencia consuetudinaria, se eluden las restricciones a la transferencia de títulos de propiedad de la tierra a empresas o particulares, como se ha denunciado en Papua Nueva Guinea, Samoa¹¹, las Islas Salomón y Vanuatu, entre otros países.

3. Derechos colectivos

7. Los pueblos indígenas tienen derecho a disfrutar, como colectivo y como individuos, de todos los derechos humanos y libertades fundamentales garantizados en los instrumentos internacionales de derechos humanos, en pie de igualdad con todos los demás pueblos e

⁷ En estudios futuros, el Mecanismo de Expertos prestará especial atención a la crisis de la COVID-19 en la medida en que afecta a los pueblos indígenas. Véase <https://www.ohchr.org/SP/Issues/IPeoples/EMRIP/Pages/EMRIPIndex.aspx> y www.ohchr.org/EN/NewsEvents/Pages/COVID19Guidance.aspx.

⁸ E/CN.4/1995/WG.15/4.

⁹ Comunicación de varias organizaciones de Marruecos.

¹⁰ A/HRC/30/41/Add.1.

¹¹ A/HRC/WG.6/25/PNG/3. Véase también www.culturalsurvival.org/sites/default/files/media/uprsamoafinal.pdf.

individuos. El respeto de la libre determinación de los pueblos indígenas y sus sistemas consuetudinarios de tenencia de la tierra exige que se reconozca su propiedad colectiva de tierras, territorios y recursos. El reconocimiento de los derechos territoriales individuales y colectivos es fundamental en Estados como los Estados Unidos de América, donde las tierras indígenas se tienen colectivamente, como en el caso de las reservas tribales, e individualmente, como en el caso de las parcelas, y los pueblos indígenas luchan por mantener ambos tipos de tenencia de la tierra. Los derechos colectivos, en particular, ocupan un lugar central en la jurisprudencia internacional y regional, como lo expresó la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso *Pueblos Kaliña y Lokono* y la Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos en la causa *Endorois*¹². El Congo es el único Estado de África que hasta la fecha ha promulgado legislación que reconoce categóricamente a los pueblos indígenas, incluido su sistema de tenencia colectiva de la tierra¹³. Groenlandia, un territorio autónomo dentro de Dinamarca, sigue su tradición inuit al no tener propiedad privada de la tierra: la tierra es un bien comunitario que nunca puede ser comprado ni vendido¹⁴.

8. En todas las regiones, la propiedad de las tierras indígenas sigue estando en su mayor parte en manos del Estado. Algunos Estados, como los Estados Unidos de América, Kenya y Marruecos, tienen tierras en fideicomiso en beneficio de las generaciones actuales y futuras de pueblos indígenas. Sin embargo, la supervisión que ejerce el Ministerio del Interior de Marruecos sobre las tierras colectivas de los amazigh es muy cuestionada por las tribus amazigh y periódicamente se producen manifestaciones en las que participan decenas de miles de personas¹⁵. El sistema de tierras en fideicomiso de Kenya ha demostrado ser inadecuado para proteger los derechos de los endorois, según la Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos¹⁶. En los Estados Unidos de América, muchas tribus indígenas pueden tener reservas garantizadas por tratados de larga data que mantiene en fideicomiso para ellas el Secretario del Interior. Además, pueden solicitar al Gobierno federal que tome tierras en fideicomiso de conformidad con la Ley de Reorganización de los Indios de 1965. Si bien este proceso restaura una mezcla de jurisdicción federal y tribal para fines ambientales, fiscales y de seguridad pública, algo que es importante, recientemente ha sido limitado por el Tribunal Supremo¹⁷.

9. Los pueblos indígenas suelen tener derechos de usufructo y se les considera beneficiarios¹⁸ en lugar de propietarios de la tierra. A muchos pueblos indígenas, como los samis de Finlandia, Noruega y Suecia, les resulta insatisfactorio¹⁹. Si bien el Gobierno de Finlandia ha indicado que varias leyes contribuyen a garantizar el derecho de los samis a utilizar las tierras de propiedad del Estado para la caza, el pastoreo de renos y la pesca²⁰, el Parlamento sami ha declarado que sigue sin haber disposiciones legislativas “que consagren el derecho de los samis a la tierra, el agua y los recursos naturales”²¹. En Noruega, a raíz de la decisión del Tribunal Supremo en la causa *Stjernøy Reindeer Grazing District v. Finnmarkseiendommen*, parece que será difícil determinar la continuidad, la intensidad y la exclusividad de uso suficiente que son necesarias para acreditar los derechos de propiedad sobre la tierra, en contraposición a los derechos de usufructo. Esto contrasta con la situación en el Canadá, donde el Tribunal Supremo decidió, en la causa *Tsilhqot'in Nation v. British Columbia*, que no era necesario demostrar la ocupación y el uso intensivos continuos para que se concedieran los derechos de propiedad. En el Brasil, los derechos

¹² Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Pueblos Kaliña y Lokono vs. Surinam*, sentencia, 25 de noviembre de 2015; y Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, *Centre for Minority Rights Development (Kenya) and Minority Rights Group International on behalf of Endorois Welfare Council v. Kenya*, decisión núm. 276/2003, 4 de febrero de 2010.

¹³ El Congo, Ley núm. 5-2011, arts. 31 y 32. Véase también la comunicación de Soyata.

¹⁴ Comunicación de Groenlandia y Dinamarca.

¹⁵ Comunicación de varias organizaciones de Marruecos.

¹⁶ *Centre for Minority Rights Development (Kenya) and Minority Rights Group International on behalf of Endorois Welfare Council v. Kenya*.

¹⁷ En *Carcieri v. Salazar*: 555 US 379 (2009).

¹⁸ Véase, por ejemplo, la Orden de Tierras de Sabah de 1939 (Malasia).

¹⁹ A/HRC/33/42/Add.3. Véase también CERD/C/SWE/CO/22-23.

²⁰ Comunicación de Finlandia.

²¹ Comunicación del Parlamento sami.

exclusivos de usufructo de los pueblos indígenas sobre sus tierras y recursos naturales, garantizados actualmente por la Constitución, se ven amenazados, según se denuncia, por el proyecto de ley núm. 191/20 de exploración de recursos naturales en tierras indígenas²².

10. Asegurar el acceso a la tierra sigue siendo una prioridad para las tribus nómadas hoy en día, dada su movilidad²³. En su Marco de Políticas para el Pastoreo en África, la Unión Africana reconoce la movilidad como un derecho fundamental de los pastores (al igual que el código de pastoreo del Níger de 2010), así como la necesidad de conceder a los pastores (la gran mayoría de los pueblos indígenas de África) la propiedad comunal de la tierra con carácter prioritario. Por el contrario, para otros pueblos indígenas, como los bajau (nómadas del mar), el asentamiento forzoso en tierra podría afectar a su supervivencia como pueblo²⁴. Otros pueblos indígenas, como los pueblos karén de Tailandia y los twa de la República Democrática del Congo, han sido expulsados de sus tierras, lo que los coloca en una situación particularmente precaria²⁵.

B. Derechos territoriales y otros derechos

11. Es necesario proteger las tierras, territorios y recursos naturales para garantizar otros derechos de los pueblos indígenas, entre ellos los derechos a la vida, la cultura, la dignidad, la salud, el agua y la alimentación. El derecho a la tierra también implica que los pueblos indígenas tienen derecho a condiciones de vida adecuadas, como lo ha expresado la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que ha reconocido que se ha denegado directamente el acceso a esas condiciones al pueblo yakye axa por el hecho de haber sido despojado de sus tierras tradicionales y no tener acceso a ellas²⁶. El Comité de Derechos Humanos también ha reconocido el derecho a desarrollar un modo de vida particular y actividades económicas tradicionales relacionadas con la tierra, y ha subrayado que la protección de ese derecho tiene por objeto garantizar la preservación y el desarrollo continuo de la identidad cultural de los pueblos indígenas²⁷. El Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales ha afirmado que la fuerte dimensión colectiva de la vida cultural de los pueblos indígenas es indispensable para su existencia y comprende el derecho a las tierras, territorios y recursos que tradicionalmente han poseído, ocupado o de otra forma utilizado o adquirido²⁸.

12. Tanto la Corte Interamericana de Derechos Humanos como el Comité de Derechos Humanos reconocen que el derecho a la vida no se limita a la protección contra la pérdida de la vida, sino que los Estados deben adoptar medidas positivas para salvaguardar la vida y la integridad física. En el *Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay*, la Corte determinó que la desposesión había conducido a la muerte de 13 personas y que el Estado era responsable de esas muertes²⁹. En palabras del Comité de Derechos Humanos, la obligación de proteger la vida también implica que los Estados deberían adoptar medidas adecuadas para abordar las condiciones generales en la sociedad que puedan suponer amenazas directas a la vida o impedir a las personas disfrutar con dignidad de su derecho a la vida³⁰. Los Estados tienen la obligación de abordar condiciones generales como la

²² Véanse <http://apib.info/2020/02/12/nota-de-repudio-contra-el-proyecto-de-ley-no-19120-que-regula-explotacion-de-recursos-naturales-en-tierras-indigenas/?lang=es> y comunicación del Brasil.

²³ A/HRC/EMRIP/2019/2/Rev.1.

²⁴ Comunicación de F. R. Zacot.

²⁵ Véanse www.forestpeoples.org/sites/default/files/documents/KKNCE_Thailand_FINAL-v2.pdf y <https://minorityrights.org/2019/07/02/drc-admissibility-decision-african-commission-on-human-and-peoples-rights-on-eviction-of-indigenous-people-from-ancestral-lands-represents-beacon-of-h/>.

²⁶ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay*, sentencia, 17 de junio de 2005.

²⁷ Comité de Derechos Humanos, observación general núm. 23 (1994), relativa al derecho de las minorías.

²⁸ Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, observación general núm. 21 (2009), relativa al derecho de toda persona a participar en la vida cultural.

²⁹ Véase también Joel E. Correia, "Adjudication and its aftereffects in three Inter-American Court cases brought against Paraguay: indigenous land rights", *Erasmus Law Review*, núm. 1 (abril de 2018), págs. 43 a 56.

³⁰ Comité de Derechos Humanos, observación general núm. 36 (2019), relativa al derecho a la vida.

“privación de tierras, territorios y recursos de los pueblos indígenas” y la “degradación del medio ambiente”³¹. El vínculo entre el derecho a la tierra y el derecho a la vida es particularmente fuerte en el caso de los pueblos indígenas que viven en aislamiento o en contacto inicial, debido a sus vulnerabilidades especiales que se derivan de sus pequeñas poblaciones, la fragilidad inmunológica y la plena dependencia de sus ecosistemas para su supervivencia³². La Corte Interamericana de Derechos Humanos también ha analizado los derechos a un medio ambiente saludable, a la identidad cultural, a la alimentación y al agua como derechos autónomos, así como sus implicaciones y particularidades en relación con los pueblos indígenas³³.

13. Los Estados no pueden ignorar los efectos negativos desproporcionados del cambio climático sobre los modos de vida de los pueblos indígenas y deben reconocer la estrecha relación de los pueblos indígenas con el medio ambiente. El Comité de Derechos Humanos ha dictaminado que las personas que huyen de los efectos del cambio climático y los desastres naturales no deben ser devueltas a su país de origen si a su regreso corrieran peligro derechos humanos esenciales³⁴. El Relator Especial sobre la cuestión de las obligaciones de derechos humanos relacionadas con el disfrute de un medio ambiente sin riesgos, limpio, saludable y sostenible ha resaltado que los Estados tienen obligaciones adicionales con respecto a los miembros de determinados grupos especialmente vulnerables a los daños ambientales, en particular las mujeres, los niños y los pueblos indígenas³⁵.

III. Marco jurídico

14. La Declaración expresa y refleja los compromisos jurídicos en virtud de la Carta de las Naciones Unidas, así como los tratados, las decisiones judiciales, los principios y el derecho internacional consuetudinario³⁶. Los derechos y responsabilidades de los pueblos indígenas con respecto a la tierra son anteriores a la Declaración. A menudo se expresan en las propias leyes, costumbres y tradiciones de los pueblos indígenas, como en la Constitución de la tribu yurok³⁷. Además, los derechos territoriales de los pueblos indígenas existían en marcos nacionales, como en la Constitución de México, y en los instrumentos regionales de derechos humanos, y se han traducido en los tratados de derechos humanos de las Naciones Unidas mucho antes de la aprobación de la Declaración. Todos los derechos de la Declaración son indivisibles e interdependientes y se fundamentan en el derecho global a la libre determinación. Los artículos sobre los derechos territoriales fueron los artículos más importantes para los pueblos indígenas durante la negociación de la Declaración y siguen siendo objeto de estudio³⁸.

A. Artículo 25

15. En este artículo se resalta la importancia del vínculo espiritual de los pueblos indígenas con sus tierras y su derecho a llevar adelante las prácticas y tradiciones asociadas con esa relación espiritual. Se reconoce su responsabilidad de asegurar que las generaciones venideras también puedan mantener esa relación. Como expresó la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el *Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua*, “para las comunidades indígenas la relación con la tierra no es meramente una cuestión de posesión y producción sino un elemento material y espiritual del que deben

³¹ *Ibid.*

³² Segunda comunicación de la Coordinadora de las Organizaciones Indígenas de la Cuenca Amazónica.

³³ *Caso Comunidades Indígenas Miembros de la Asociación Lhaka Honhat (Nuestra Tierra) vs. Argentina*, sentencia de 6 de febrero de 2020; y comunicación del Grupo Internacional de Trabajo sobre Asuntos Indígenas.

³⁴ Comité de Derechos Humanos, *Teitiota c. Nueva Zelanda*.

³⁵ A/HRC/25/53, párr. 69.

³⁶ Véase A/HRC/36/56.

³⁷ Véase <https://yurok.tribal.codes/Constitution/Preamble>.

³⁸ Claire Charters, “Indigenous peoples’ rights to lands, territories, and resources in the UNDRIP”, pág. 402.

gozar plenamente, inclusive para preservar su legado cultural y transmitirlo a las generaciones futuras”.

16. La expresión “relación espiritual” debe interpretarse en sentido amplio. Para los pueblos indígenas, la relación espiritual con la tierra es una parte inseparable de toda actividad sobre la tierra. No solo atañe a las ceremonias espirituales, sino también a una amplia gama de otras actividades como la caza, la pesca, el pastoreo y la recolección de plantas, medicinas y alimentos que tienen una dimensión espiritual y forman parte inseparable de la relación espiritual con la tierra.

17. Los pueblos indígenas tienen el derecho a “mantener” y “fortalecer” su relación con las tierras, territorios y recursos que ya no poseen pero que eran de su propiedad y utilizaban en épocas pasadas. Para mantener y fortalecer la relación espiritual de los pueblos indígenas con la tierra puede ser necesario garantizar el acceso a ella, proteger o restablecer características específicas o ecosistemas importantes para las costumbres o tradiciones indígenas, y prevenir usos y actividades que vayan en detrimento de esos fines. La Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos ha constatado que “sin acceso a su tierra tradicional, los endorois no pueden ejercer plenamente sus derechos culturales y religiosos, y se sienten desconectados de su tierra y sus antepasados”³⁹. Los ancianos, las mujeres, los jóvenes, los niños y las personas con discapacidad indígenas pueden tener diferentes relaciones espirituales y responsabilidades sagradas con la tierra que, de conformidad con el artículo 22 de la Declaración, merecen particular atención.

18. Los pueblos indígenas tienen derecho a las tierras, territorios y recursos que “tradicionalmente han poseído u ocupado y utilizado”. Este derecho abarca una serie de relaciones de tenencia de la tierra que reflejan la diversidad de las sociedades indígenas de todo el mundo, como la tenencia exclusiva, los derechos de cosecha y pastoreo compartidos o cogestionados y los derechos relativos a la ocupación estacional o irregular de la tierra. También incluye el derecho tradicional o consuetudinario de los propios pueblos indígenas y refleja el Convenio de la OIT sobre Pueblos Indígenas y Tribales⁴⁰. El derecho de los pueblos indígenas a mantener y fortalecer su relación espiritual se extiende a todos los recursos, incluidas las aguas y zonas del océano cercanas a las costas. El Tribunal Supremo de Australia ha reconocido derechos sobre el mar, incluido el derecho a pescar, cazar y recoger recursos para uso personal, doméstico y comunal, y ha reconocido que la tierra de la zona intermareal del Territorio del Norte podría ser reclamada y reconocida como tierra aborígen⁴¹.

B. Artículo 26

1. Artículo 26, párrafo 1

19. Esta disposición consagra un derecho general que se aplica a las tierras, territorios y recursos que tradicionalmente han poseído, ocupado o utilizado los pueblos indígenas. Sin embargo, también se aplica a las tierras, territorios y recursos que los pueblos indígenas han “utilizado o adquirido” de otra manera. Así pues, los derechos territoriales de los pueblos indígenas no se limitan a los territorios para los que existe una historia ininterrumpida de uso u ocupación, sino que incluyen también las tierras que los pueblos indígenas han llegado a ocupar, por ejemplo, como consecuencia de reasentamientos ocurridos en otros tiempos, voluntarios o involuntarios. Podrían incluir las tierras obtenidas después de un reasentamiento, la concertación de un tratado en época moderna o la compra.

³⁹ *Centre for Minority Rights Development (Kenya) and Minority Rights Group International on behalf of Endorois Welfare Council v. Kenya*.

⁴⁰ El artículo 8 del Convenio exige que se tomen “debidamente en consideración” las “costumbres” o el “derecho consuetudinario” de los pueblos indígenas y el artículo 17 afirma que “deberán respetarse” sus sistemas de tenencia de la tierra.

⁴¹ *Northern Territory v. Arnhem Land Aboriginal Land Trust*, 30 de julio de 2008, y *Commonwealth v. Yarmirr*, 11 de octubre de 2001.

20. En virtud del artículo 26, párrafo 1, los pueblos indígenas no necesitan demostrar la posesión para tener derecho a las tierras, territorios y recursos, y a la restitución o indemnización por su pérdida. En la causa *Endorois*, la Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos declaró, entre otras cosas, que:

Los integrantes de pueblos indígenas que hayan perdido involuntariamente la posesión de sus tierras, cuando esas tierras hayan sido transferidas legalmente a terceros inocentes, tienen derecho a su restitución o a obtener otras tierras de igual extensión y calidad. Por consiguiente, la posesión no es una condición necesaria para que existan los derechos de restitución de las tierras indígenas⁴².

La Corte Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos y la Comisión Africana se inspiraron específicamente en la Declaración, aunque Kenya todavía no haya expresado su apoyo a ella.

21. Los pueblos indígenas tienen derecho a poseer y utilizar los recursos exactamente del mismo modo que tienen el derecho a poseer sus tierras y territorios. En el *Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam*, la Corte Interamericana de Derechos Humanos sostuvo que los pueblos indígenas tenían derechos sobre sus recursos naturales relacionados con su cultura y que se encontraban en sus tierras y territorios y que sin ellos está en juego la propia supervivencia física y cultural de esos pueblos. Como expresó el Relator Especial sobre los derechos de los pueblos indígenas, si los pueblos indígenas son propietarios de todos los recursos existentes dentro de sus tierras, incluidos los recursos minerales y otros recursos del subsuelo, también tienen el derecho a extraerlos y explotarlos⁴³. Además, si el Estado reclama la propiedad de los recursos del subsuelo, u otros recursos, en virtud de la jurisdicción interna, los pueblos indígenas tienen derecho a emprender sus propias iniciativas para extraer y explotar los recursos naturales de sus territorios, por lo menos en las condiciones generalmente permitidas por el Estado a otros actores⁴⁴. En un arreglo, la Ley de Liquidación de Reclamaciones de los Nativos de Alaska de 1971 creó “empresas” indígenas y concedió a 220 empresas de aldeas el título de propiedad sobre el predio de superficie y concedió a 13 empresas regionales el título de propiedad sobre los minerales (el predio de subsuelo) para su explotación⁴⁵.

22. Antes de la aprobación de la Declaración, algunos tribunales nacionales ya habían reconocido los derechos de los pueblos indígenas sobre las tierras que tradicionalmente habían poseído u ocupado y que ya no estaban en su posesión. En 2003, el Tribunal Constitucional de Sudáfrica reconoció que los pueblos indígenas mantenían la propiedad de las tierras tradicionales que habían ocupado antes de la colonización, a pesar de los cambios en el ordenamiento jurídico. Como prueba, el Tribunal tuvo en consideración el derecho consuetudinario precolonial. En 2002, en la causa *Kerajaan Negeri Selangor and others v. Sagong Tasi and others*, el Tribunal Superior de Selangor, un tribunal de un estado de Malasia, reconoció la existencia del título de propiedad de la tierra que se tenía “sobre la base de la ocupación exclusiva y continua por parte de los orang asli de sus tierras ancestrales desde tiempos inmemoriales”⁴⁶.

2. Artículo 26, párrafo 2

23. Desde 1997, el Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial ha utilizado términos similares a los del artículo 26, párrafo 2, al referirse al derecho de los pueblos indígenas a poseer, utilizar, desarrollar y controlar sus tierras, territorios y recursos comunales⁴⁷. En el caso *Sawhoyamaxa* y la causa *Endorois*, los organismos regionales de

⁴² *Centre for Minority Rights Development (Kenya) and Minority Rights Group International on behalf of Endorois Welfare Council v. Kenya*, párr. 209.

⁴³ A/HRC/24/41, párr. 9.

⁴⁴ *Ibid.*

⁴⁵ 43 U.S.C. 1601-1627.

⁴⁶ Derek Inman, “From the global to the local: the development of indigenous peoples’ land rights internationally and in Southeast Asia”, *Asian Journal of International Law*, vol. 6, núm. 1 (2016), págs. 46 a 88.

⁴⁷ CERD/C/KEN/CO/5-7, párr. 20 b). Recomendación general núm. 23 (1997) del Comité, relativa a los derechos de los pueblos indígenas.

derechos humanos han interpretado los instrumentos regionales teniendo en cuenta los derechos consagrados en la Declaración⁴⁸. En la causa *Endorois*, la Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos llegó a la conclusión de que la “posesión tradicional de la tierra por los pueblos indígenas” debía reconocerse y protegerse junto con el “título de propiedad plena concedido por el Estado”⁴⁹. En el *Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni*, la Corte Interamericana de Derechos Humanos afirmó que “los derechos de propiedad creados por las prácticas y normas consuetudinarias indígenas [...] deben ser protegidos” y que “el no reconocer la igualdad de los derechos de propiedad basados en la tradición indígena es contrario al principio de no discriminación”. En la causa *Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos c. Kenya*, la Corte Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos reconoció el derecho de los ogiek al bosque Mau de Kenya como su hogar ancestral. La preservación del bosque Mau no podía justificar el desalojo de los ogiek de su hogar ancestral. La Corte Africana también se pronunció sobre el significado del artículo 26, párrafo 2, de la Declaración: “sin excluir el derecho de propiedad en el sentido tradicional, esta disposición presta más atención a los derechos de posesión, ocupación y uso de la tierra”.

24. La Corte de Justicia del Caribe y el Tribunal Supremo de Belice han invocado la Declaración al interpretar la Constitución de Belice para proteger los derechos del pueblo maya a sus tierras tradicionales. En 2007, el Presidente del Tribunal Supremo, en *Aurelio Cal et al. v. Attorney General of Belize*, determinó que el artículo 26 de la Declaración reflejaba “el creciente consenso y los principios generales del derecho internacional sobre los pueblos indígenas y sus tierras y recursos”. Concluyó que las comunidades mayas de Conejo y Santa Cruz tenían un título consuetudinario sobre sus tierras y ordenó al Gobierno que respetara y demarcara su territorio.

25. Otros tribunales nacionales también han reconocido la propiedad tradicional como una forma legítima de tenencia de la tierra, por ejemplo el Tribunal Supremo de Suecia en la causa *Nordmaling* (2011), que examinó los derechos de los pastores samis de renos “sobre la base de los derechos consuetudinarios” en lugar de la legislación estatal sobre “prescripción inmemorial”⁵⁰. En 2009, el Tribunal Supremo del Brasil afirmó la constitucionalidad de las tierras de Raposa Serra do Sol, demarcadas diez años antes por el Estado, y ordenó al Gobierno que reanudara la expulsión de todos los colonos no indígenas⁵¹.

3. Artículo 26, párrafo 3

26. En virtud de este artículo, los Estados deben adoptar medidas para dar reconocimiento y protección jurídicos a las tierras, territorios y recursos indígenas, respetando al mismo tiempo las costumbres, las tradiciones y los sistemas de tenencia de la tierra de los pueblos indígenas. Ese derecho equivale a un título de propiedad de pleno dominio concedido por el Estado y faculta a los pueblos indígenas a exigir el reconocimiento oficial y el registro del título de propiedad. Como indicó la Relatora Especial sobre los derechos de los pueblos indígenas, “un punto de partida para cualquier medida destinada a definir y reconocer los derechos de los pueblos indígenas a la tierra y los recursos debería ser sus propios sistemas consuetudinarios de uso y tenencia”⁵². Esto se logra a menudo mediante la demarcación, la delimitación, la cartografía y la titulación. Como ha afirmado la Corte Interamericana de Derechos Humanos, “el reconocimiento meramente abstracto o jurídico de las tierras, territorios o recursos indígenas carece

⁴⁸ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya vs. Paraguay*, sentencia, 29 de marzo de 2006, párr. 138. Véase también *Centre for Minority Rights Development (Kenya) and Minority Rights Group International on behalf of Endorois Welfare Council v. Kenya*.

⁴⁹ *Centre for Minority Rights Development (Kenya) and Minority Rights Group International on behalf of Endorois Welfare Council v. Kenya*, párr. 209.

⁵⁰ Definida como “cuando una propiedad o derecho se han disfrutado durante tanto tiempo, y se han ejercido, que nadie recuerda cuándo llegó a surgir el derecho”. www.loc.gov/law/foreign-news/article/sweden-court-recognizes-exclusive-fishing-rights-of-sami-village.

⁵¹ www.forestpeoples.org/en/location/brazil/news/2009/05/supreme-court-upholds-raposa-serra-do-sol-indigenous-area.

⁵² A/HRC/33/42/Add.3.

prácticamente de sentido si no se ha establecido y delimitado físicamente la propiedad⁵³. En el *Caso Pueblos Kaliña y Lokono*, la Corte ordenó a Suriname que delimitara y demarcara el territorio tradicional de esos pueblos, les concediera un título colectivo y les garantizara el uso y disfrute efectivos del territorio. Análogamente, la Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos ha pedido el “reconocimiento oficial” de los derechos territoriales indígenas y el “registro del título de propiedad”⁵⁴.

27. El respeto de los sistemas de tenencia de la tierra de los pueblos indígenas debe incluir el respeto de las costumbres y tradiciones de los pueblos indígenas cuando se proceda a regular el suelo. Como ha señalado la Relatora Especial sobre los derechos de los pueblos indígenas, aunque existen tribunales indígenas y mecanismos informales consuetudinarios, a menudo el sistema jurídico estatal no los reconoce⁵⁵. En Vanuatu, las reformas constitucionales han dado lugar a que la jurisdicción sobre las tierras pase del sistema judicial ordinario a las *nakamals* (instituciones consuetudinarias)⁵⁶. En Kenya, la Comisión Nacional de Tierras alienta la aplicación de mecanismos tradicionales de solución de controversias en los conflictos sobre tierras⁵⁷. En los Estados Unidos de América, las tribus pueden ejercer en cierta medida el control y la aplicación de sus leyes sobre sus tierras, pero ese control suele ser limitado: la nación cheroqui, por ejemplo, tiene determinadas tierras en “régimen de titularidad restringida”, lo que significa que la familia o el individuo siguen necesitando el permiso del Gobierno federal para transferir esas tierras, pero no hay protección contra la usucapión. En 2013, en la República Bolivariana de Venezuela, el pueblo huottoja estableció una jurisdicción indígena especial no solo para el control y la gestión del territorio, sino también para la administración de justicia⁵⁸. En Nueva Zelanda, un nuevo proyecto de ley presentado al Parlamento propone que se establezca un proceso de solución de controversias basado en las prácticas maoríes para ayudar a los propietarios de tierras maoríes a resolver los desacuerdos y conflictos sobre sus tierras⁵⁹.

C. Artículo 27

28. En virtud de este artículo, los Estados deben establecer y aplicar, en cooperación con los pueblos indígenas, un proceso que reconozca y proteja jurídicamente los derechos de los pueblos indígenas a sus tierras, territorios y recursos, ya sean los que tradicionalmente han poseído u ocupado o utilizado en otras épocas pero que en la actualidad no posean, ya sea los que posean en el momento presente. Esto forma parte de la prescripción más general sobre las reparaciones que figura en el artículo 28 (véase más adelante). El acuerdo de incluir en la Declaración la obligación de establecer procedimientos para reconocer y adjudicar derechos sobre la tierra fue una solución de avenencia para no incluir un derecho específico a las tierras, territorios y recursos perdidos en otros tiempos⁶⁰.

29. Como se enuncia en el artículo 27, el proceso para proporcionar protección jurídica debe ser equitativo, independiente, imparcial, abierto y transparente y respetar las leyes, las costumbres y las formas de utilización de la tierra de los pueblos indígenas. En el artículo no se indica si los Estados deben establecer un proceso específico para solucionar las controversias sobre los derechos territoriales indígenas. Sin embargo, cuando los Estados se apoyan en otros mecanismos, como los tribunales, se plantearán cuestiones legítimas sobre el grado en que son accesibles a los pueblos indígenas esos mecanismos, su capacidad para

⁵³ *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay*, párr. 143.

⁵⁴ *Centre for Minority Rights Development (Kenya) and Minority Rights Group International on behalf of Endorois Welfare Council v. Kenya*, párr. 209.

⁵⁵ Véase A/HRC/42/37.

⁵⁶ Siobhan McDonnell, “Building a pathway for successful land reform in Solomon Islands” (Canberra, Universidad Nacional de Australia, 2015), págs. 34 y 35.

⁵⁷ Albert Kwokwo Barume, *Land Rights of Indigenous Peoples in Africa* (Copenhague, Grupo Internacional de Trabajo sobre Asuntos Indígenas, 2014).

⁵⁸ Véase <https://porlatierra.org/docs/c5650a3f50d60f9e7ca9f0aab1e9dce3.pdf>.

⁵⁹ Comunicación de Nueva Zelanda.

⁶⁰ Claire Charters, “Indigenous peoples’ rights to lands, territories, and resources in the UNDRIP”, pág. 143.

tener debidamente en cuenta las leyes y tradiciones indígenas y la probabilidad de lograr una solución oportuna⁶¹.

D. Artículo 46

30. La limitación general de la capacidad de los Estados para restringir los derechos de los indígenas en virtud del artículo 46, párrafos 2 y 3, de la Declaración es pertinente a efectos de la aplicación de todos los artículos mencionados en relación con los derechos y concesiones otorgados a terceros no indígenas. Toda restricción de los derechos de los indígenas debe estar establecida por ley y debe ser necesaria, proporcionada, no discriminatoria, tener por objeto alcanzar un objetivo legítimo en una sociedad democrática y estar definida dentro de un marco general de respeto de los derechos humanos⁶². La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha aplicado principios similares y ha afirmado que en la solución adecuada de las controversias entre pueblos indígenas y terceros debe valorarse caso por caso “la legalidad, necesidad, proporcionalidad y el logro de un objetivo legítimo en una sociedad democrática”⁶³. Dada la importancia de los derechos territoriales para una serie de derechos humanos y para la supervivencia de los pueblos indígenas, sería difícil establecer limitaciones válidas de los derechos que tuvieran el efecto de mermar el uso que hacen los pueblos indígenas de sus tierras, territorios y recursos⁶⁴.

E. Artículo 22

31. En la adopción de medidas para poner en práctica todos los derechos de la Declaración se debe prestar particular atención a los derechos y necesidades especiales de los ancianos, las mujeres, los jóvenes, los niños y las personas con discapacidad indígenas, ya que esos grupos se ven afectados de manera desproporcionada por la falta de observancia de los derechos territoriales. A menudo se pasa por alto la contribución decisiva de las mujeres en la protección de la tierra. Uno de los principales obstáculos estructurales que impiden el acceso de las mujeres indígenas a las tierras, territorios y recursos y al control sobre ellos son las leyes patriarcales relativas a la herencia y la propiedad conjunta de las tierras y recursos familiares⁶⁵. Como ha señalado la Relatora Especial sobre los derechos de los pueblos indígenas, la apropiación de tierras no es imparcial con respecto al género⁶⁶. Las mujeres indígenas suelen enfrentarse a formas entrecruzadas de discriminación y a menudo no tienen el mismo acceso que los hombres a la propiedad, la posesión y el control de la tierra⁶⁷. Esto frecuentemente genera dificultades para obtener préstamos y tener el control sobre los productos agrícolas.

F. Reparación⁶⁸

Artículo 28

32. En virtud de este artículo, los pueblos indígenas deben recibir reparación por las violaciones de sus derechos territoriales, que incluyen la confiscación de tierras, territorios y recursos y la ocupación, la utilización o el daño de tierras, territorios y recursos sin su consentimiento libre, previo e informado. Del uso del pretérito perfecto se desprende claramente que el artículo 28, párrafo 1, se aplica retrospectivamente, a pesar de los debates

⁶¹ Comisión Interamericana de Derechos Humanos, informe núm. 105/09 sobre la admisibilidad de la petición 592-07 relativa al Grupo de Tratado Hul’qumi’num, Canadá (30 de octubre de 2009), párr. 39.

⁶² A/HRC/39/62.

⁶³ *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya vs. Paraguay*, párr. 138.

⁶⁴ A/HRC/24/41, párrs. 35 y 36.

⁶⁵ Comunicación del Foro de Asia y el Pacífico sobre la Mujer, el Derecho y el Desarrollo.

⁶⁶ A/HRC/30/41.

⁶⁷ Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, recomendación general núm. 34 (2016) sobre los derechos de las mujeres rurales.

⁶⁸ A/HRC/39/62.

sobre la cuestión durante los trabajos preparatorios de la Declaración⁶⁹. Otro fundamento para el derecho a la reparación por los daños del pasado puede encontrarse en el hecho de que los pueblos indígenas siguen sufriendo los efectos actuales de su pérdida. Así pues, están pidiendo reparación por un daño que están sufriendo en la actualidad, lo que se asemeja al argumento de la “violación persistente” del Comité de Derechos Humanos⁷⁰.

33. Las reparaciones deben ser “consensuadas con los pueblos interesados, conforme a sus propios procedimientos de consulta, valores, usos y derecho consuetudinario” y deben cumplir el propósito de la *restitutio in integrum*, que consiste en “el restablecimiento de la situación anterior a la violación”⁷¹. En la causa *Endorois*, la Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos concluyó que el Gobierno de Kenya no había proporcionado una reparación suficiente por el desalojo de los endorois ni había incluido a esa comunidad en los procesos de desarrollo pertinentes⁷².

34. Todo recurso contra las violaciones de los derechos humanos debe ser accesible, eficaz y oportuno. Deben eliminarse todos los obstáculos a la participación y la presentación de pruebas. Los procedimientos deben ser lo suficientemente eficientes como para reducir al mínimo el riesgo de que se produzcan más daños⁷³ y deben tener la capacidad de garantizar el cumplimiento de la determinación definitiva⁷⁴. La Corte Interamericana de Derechos Humanos determinó que el caso *Sawhoyamaxa*, que duró 13 años, y el caso *Xákmok Kásek*, que duró 11 años y concluyó sin una resolución clara, se tramitaron de manera poco razonable, dada su larga duración, y que debía proporcionarse un recurso jurídico adecuado⁷⁵. En 2018, la Corte declaró al Brasil responsable de haber violado el derecho a la protección judicial y el derecho de propiedad del pueblo indígena xukurú debido a un retraso de más de 16 años en finalizar la demarcación de la tierra y expulsar a los ocupantes no indígenas. La Corte consideró que la sentencia era una forma de reparación en sí misma, decidió el pago de una indemnización de 1 millón de dólares de los Estados Unidos y las medidas necesarias para finalizar la expulsión de los intrusos no indígenas y la prevención de nuevas intrusiones⁷⁶.

35. Cuando se ha perdido la tierra ante terceros, los derechos de los pueblos indígenas permanecen mientras la base espiritual y material de la identidad indígena esté respaldada por su relación única con sus tierras tradicionales, como lo expresó la Corte Interamericana de Derechos Humanos en los casos *Yakye Axa* y *Sawhoyamaxa*. La Corte también señaló que la solución apropiada de esas controversias debe tener en cuenta que a menudo puede darse respuesta adecuadamente a los intereses no indígenas mediante una indemnización económica, mientras que para los pueblos indígenas la relación con la tierra es espiritual, fundamental para la identidad y la supervivencia y, por lo tanto, generalmente irremplazable⁷⁷. Por lo tanto, el tipo de reparación preferido es claramente la restitución. Los órganos de las Naciones Unidas creados en virtud de tratados también han apuntado la

⁶⁹ Federico Lenzerini, “International assistance, reparations and redress”, *The UN Declaration on the Rights of Indigenous Peoples: A Commentary*, Jessie Hohmann y Marc Weller, eds. (Oxford, Oxford University Press, 2018), pág. 590.

⁷⁰ *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaxa vs. Paraguay y Anton c. Argelia* (CCPR/C/88/D/1424/2005).

⁷¹ *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay*, párrs. 151 y 181.

⁷² *Centre for Minority Rights Development (Kenya) and Minority Rights Group International on behalf of Endorois Welfare Council v. Kenya*.

⁷³ Comisión Interamericana de Derechos Humanos, informe núm. 40/04, caso 12.053, sobre el fondo de la petición presentada por las comunidades indígenas mayas del distrito de Toledo, Belice (12 de octubre de 2004), párr. 176.

⁷⁴ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam*, párr. 105.

⁷⁵ Joel E. Correia, “Adjudication and its aftereffects in three Inter-American Court cases brought against Paraguay: indigenous land rights”, y *Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay*, sentencia, 24 de agosto de 2010.

⁷⁶ *Caso Pueblo Indígena Xucuru y sus miembros vs. Brasil*, sentencia, 5 de febrero de 2018.

⁷⁷ *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay*, párrs. 146 a 148.

necesidad de devolver las tierras de las que se privó a los pueblos indígenas sin su consentimiento libre, previo e informado⁷⁸.

36. Si no es posible la restitución efectiva de las tierras indígenas, debe proporcionarse una indemnización justa y equitativa. La indemnización no debe limitarse a las compensaciones financieras, sino que también adoptar la forma de tierras alternativas similares, de igual calidad, extensión y condición jurídica o, si los pueblos indígenas interesados convienen en ello, otras formas de indemnización o reparación. Como destacó el Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial, la indemnización “en la medida de lo posible, deberá ser en forma de tierras y territorios”⁷⁹. En caso contrario, se debe proporcionar una indemnización monetaria justa y equitativa. En la causa *Kerajaan Negeri Selangor and others v. Sagong Tasi and others*, el Tribunal Superior de Selangor llegó a la conclusión de que Malasia tenía el deber de indemnizar a la comunidad orang asli por la expropiación de sus tierras ancestrales⁸⁰. Los Estados también deben adoptar medidas que permitan restaurar los territorios degradados y contaminados debido a los proyectos de desarrollo⁸¹.

37. Para que sea justa y equitativa, la indemnización debe ser proporcional al daño pecuniario y no pecuniario. Cuando hubo de determinar la cuantía de la indemnización por los daños causados, el Tribunal Supremo de Australia confirmó una indemnización considerable (2,53 millones de dólares australianos) por los daños económicos y culturales sufridos por los pueblos ngaliwurru y nungali como consecuencia de los actos de extinción ocurridos en otras épocas en la primera determinación litigiosa de una indemnización por un título de propiedad de los nativos⁸². El importe consistía en el valor de mercado de la tierra y en una cantidad considerable por concepto de intereses y pérdida cultural, calculados de manera que se respetara el derecho tradicional.

38. Algunos Estados tienen disposiciones sobre indemnización, como el artículo 105 de la Constitución de Noruega⁸³. En *United States v. Sioux Nation of Indians*, el Tribunal Supremo de los Estados Unidos sostuvo que el Gobierno federal había violado el Tratado del Fuerte Laramie de 1868 cuando tomó las Colinas Negras sagradas sin el consentimiento de las tribus sioux⁸⁴. El Tribunal otorgó 17,5 millones de dólares de los Estados Unidos más intereses desde 1877, sin embargo las tribus se negaron a aceptar la suma otorgada, que permanece en una cuenta del Departamento del Tesoro de los Estados Unidos que alcanza ya un valor de más de 1.000 millones de dólares, y siguen tratando de que se les devuelva la tierra.

IV. Reconocimiento por el Estado de los derechos de tenencia de la tierra

39. La seguridad de la tenencia para los pueblos indígenas es una cuestión que está evolucionando en la mayoría de los Estados. Los Estados han establecido mecanismos diferentes para reconocer y adjudicar los derechos de tenencia de la tierra y proporcionan formas distintas de uso y propiedad. Si bien muchos de esos mecanismos respetan en cierta

⁷⁸ Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial, recomendación general núm. 23 (1997), relativa a los derechos de los pueblos indígenas; Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, observación general núm. 21; y A/HRC/4/77, párr. 8.

⁷⁹ Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial, recomendación general núm. 23.

⁸⁰ Derek Inman, “From the global to the local: the development of indigenous peoples’ land rights internationally and in Southeast Asia”.

⁸¹ Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Derechos de los pueblos indígenas y tribales sobre sus tierras ancestrales y recursos naturales: normas y jurisprudencia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos* (2010), párr. 216.

⁸² Australia, Tribunal Supremo, *Northern Territory v. Mr. A. Griffiths (deceased) and Lorraine Jones on behalf of the Ngaliwurru and Nungali Peoples*, 13 de marzo de 2019. Véase también la comunicación de Australia.

⁸³ Comunicación de Noruega.

⁸⁴ Véase <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/448/371/> y www.pbs.org/newshour/show/why-the-sioux-are-refusing-1-3-billion.

medida el artículo 27 de la Declaración, la mayoría se ven obstaculizados por la complejidad de los procesos y la infinidad de derechos y partes interesadas implicados.

A. Tratados y acuerdos y tierras reservadas

40. En algunos Estados el Gobierno y los pueblos indígenas han negociado, tanto en épocas pretéritas como contemporáneas, tratados y otros acuerdos en los que se reconocen derechos territoriales. El Canadá reconoce 70 tratados antiguos, y 25 arreglos amplios confirman los títulos de propiedad indígenas sobre unos 600.000 km² de tierras⁸⁵. En Columbia Británica, una Comisión de Tratados facilita las negociaciones de tratados, y se ha establecido la Política de Reconocimiento y Reconciliación de Derechos para las Negociaciones de Tratados en Columbia Británica, elaborada conjuntamente por el Estado y las naciones indígenas participantes, y basada en la Declaración⁸⁶. El gobierno de Columbia Británica aprobó recientemente la Ley de Declaración de los Derechos de los Pueblos Indígenas, que establece un proceso para ajustar las leyes de Columbia Británica a la Declaración⁸⁷. En un caso trascendental en los Estados Unidos de América, el Tribunal Supremo confirmó que tierras definidas en tratados que constituyen gran parte del este de Oklahoma seguían siendo una reserva de los indígenas de los Estados Unidos a efectos del derecho penal federal⁸⁸.

41. Sin embargo, las interpretaciones que hacen de esos tratados y acuerdos los pueblos indígenas y los Estados suelen diferir ampliamente, como en el caso del Tratado de Waitangi, en Nueva Zelanda, que existe en dos versiones lingüísticas⁸⁹. En Guatemala no se han aplicado los acuerdos firmados durante el proceso de paz en 1995 y 1996, que prevén la restitución de tierras comunales indígenas⁹⁰.

B. Constituciones, leyes y organismos

42. Algunos Estados, como la Argentina, el Estado Plurinacional de Bolivia, el Brasil, Camboya, el Canadá, Colombia, el Ecuador, la India, México y el Paraguay, reconocen específicamente el derecho a la tierra y los territorios de los pueblos indígenas en sus Constituciones nacionales. Esos Estados también han elaborado numerosas leyes y directrices para poner en práctica esos derechos, incluido el reconocimiento del deber no solo de demarcar sino también de proteger esos territorios y el derecho de los pueblos indígenas a controlar y administrar sus tierras y recursos. Por ejemplo, Colombia ha elaborado planes de vida para sus pueblos indígenas y el Brasil ha elaborado *planos de gestão territorial* en el marco de su política nacional del medio ambiente. Si bien el Ecuador cuenta con numerosas leyes y políticas, como la Agenda Nacional para la Igualdad de Derechos de las Nacionalidades y Pueblos Indígenas, Pueblo Afroecuatoriano y Pueblo Montubio para el período 2019-2021⁹¹, al parecer no ha reconocido ni garantizado materialmente el derecho de los pueblos indígenas a la tierra⁹². En el Paraguay, aunque entre 2010 y 2014 se concedieron 283.000 ha de tierra a comunidades indígenas, muchas comunidades no tienen ningún título jurídico sobre sus tierras⁹³.

43. Otros Estados reconocen los derechos territoriales de los pueblos indígenas por conducto de legislación: por ejemplo, Filipinas, en su Ley de Derechos de los Pueblos Indígenas de 1997, y la Federación de Rusia, mediante su legislación sobre los territorios

⁸⁵ Véase www.rcaanc-cirnac.gc.ca/eng/1100100028574/1529354437231 y comunicación del Canadá.

⁸⁶ Comunicación de Celeste Haldane.

⁸⁷ Comunicación de Union of British Columbia Indian Chiefs.

⁸⁸ Véase www.supremecourt.gov/opinions/14pdf/12-1226_k5fl.pdf.

⁸⁹ Jacinta Ruru, Paul Scott y Duncan Webb, *The New Zealand Legal System: Structures and Processes*, sexta ed. (Wellington, LexisNexis New Zealand Limited, 2016), pág. 223.

⁹⁰ Jeremy Armon, Rachel Sieder y Richard Wilson, eds., "Negotiating rights: the Guatemalan Peace Process", *Accord*, vol. 2 (1997).

⁹¹ Comunicación del Ecuador.

⁹² Comunicación de la institución nacional de derechos humanos del Ecuador.

⁹³ A/HRC/WG.6/24/PRY/1.

tradicionalmente utilizados por los pueblos indígenas del Norte, Siberia y el Extremo Oriente del país⁹⁴. Sin embargo, esta última legislación solo se aplica a pueblos de menos de 50.000 personas. Además, hasta la fecha, si bien los territorios han sido protegidos por los gobiernos regionales, no se ha creado ningún territorio protegido a nivel federal⁹⁵. Además, se informa de que su condición jurídica no está garantizada ni reconocida por el Gobierno federal, incluido el Ministerio de Recursos Naturales, que expide licencias de uso de recursos a empresas, como industrias extractivas y sociedades madereras y pesqueras⁹⁶. En Malasia, en respuesta a las conclusiones de la causa *Kerajaan Negeri Selangor and others v. Sagong Tasi and others*, el Estado reformó el Código de Tierras, lo que entrañó el otorgamiento de títulos de propiedad a pueblos indígenas a perpetuidad, aunque únicamente a razón de 1.000 ha por título. Además, esos otorgamientos pueden ser revocados por el Estado, no se reconoce la propiedad colectiva y se han eliminado los modos tradicionales de traspaso de tierras de una generación a otra⁹⁷. En México se informa de que se está llevando a cabo un proceso de reforma constitucional y jurídica para subsanar las deficiencias del sistema de justicia agraria⁹⁸. En Bangladesh se creó una Comisión de Tierras para resolver controversias como parte del acuerdo de paz de Chittagong Hill Tracts en 1997, pero, según se informa, no ha podido resolver ninguna controversia debido a la falta de recursos humanos y financieros y a la ausencia de normas que complementen la Ley de la Comisión de Resolución de Controversias sobre Tierras de Chittagong Hill Tracts⁹⁹.

44. En Sudáfrica, si bien el Gobierno ha reconocido y devuelto tierras pertenecientes a pueblos indígenas en virtud del artículo 25, párrafo 7, de la Constitución y de la Ley de Restitución de los Derechos sobre las Tierras de 1994, al parecer no ha prestado un apoyo adecuado a las comunidades que han regresado a sus tierras¹⁰⁰. En la India se han tramitado 3.863.025 de las 4.400.000 reclamaciones de tierras presentadas en virtud de la Ley de Reconocimiento de los Derechos Forestales de 2006¹⁰¹. Dicho esto, solo se han reconocido 5,28 millones de hectáreas de tierras como de propiedad comunal y el 13 de febrero de 2019 el Tribunal Supremo dictaminó que alrededor de 1 millón de familias cuyas reclamaciones de tierras habían sido desestimadas debían ser desalojadas. Esa orden fue suspendida posteriormente. En Chile el pueblo mapuche ha reclamado con éxito cerca de 125.000 ha en el marco del Fondo de Tierras y Aguas Indígenas, todas las cuales, sin embargo, han sido adquiridas a valor de mercado. No obstante, en los casos en que los mapuches carecen de título jurídico, sus territorios tradicionales quedan excluidos¹⁰².

45. En Australia, desde la decisión del Tribunal Superior de 1992 en *Mabo and others v. Queensland*, la Ley de Títulos de Propiedad de los Aborígenes regula el reconocimiento de los derechos de propiedad de los aborígenes. Se ha determinado que existen títulos de propiedad de los aborígenes sobre alrededor del 38,2 % de la masa terrestre australiana¹⁰³. La Ley de Derechos Territoriales de los Aborígenes de 1983 otorga al New South Wales Aboriginal Land Council el mandato de velar por la promoción de derechos territoriales para los pueblos indígenas de Nueva Gales del Sur, junto con una red de consejos locales de tierras aborígenes¹⁰⁴. Australia informa de que, en el caso de algunos pueblos aborígenes e isleños del Estrecho de Torres, el centro de su interés está dejando de ser la resolución de reclamaciones para pasar a ser el mejor modo de utilizar sus tierras para el desarrollo social, cultural y económico¹⁰⁵. En 2016 el Presidente de los Estados Unidos de América estableció

⁹⁴ Comunicación de la Federación de Rusia.

⁹⁵ A/HRC/WG.6/30/RUS/2, CCPR/C/RUS/CO/7 y CERD/C/RUS/CO/23-24.

⁹⁶ Comunicación del Grupo Internacional de Trabajo sobre Asuntos Indígenas.

⁹⁷ Amnistía Internacional, *"The Forest is Our Heartbeat": The Struggle to Defend Indigenous Land in Malaysia* (Londres, 2018).

⁹⁸ Comunicación de México y A/HRC/39/17/Add.2.

⁹⁹ Comunicación de Asia Indigenous Peoples Pact.

¹⁰⁰ Véase www.culturalsurvival.org/sites/default/files/media/southafrica.pdf.

¹⁰¹ A/HRC/WG.6/27/IND/1, párr. 104.

¹⁰² David Nathaniel Berger, ed., *The Indigenous World 2019* (Copenhague, Grupo Internacional de Trabajo sobre Asuntos Indígenas, 2019), págs. 151 y 152.

¹⁰³ Comunicación de Australia.

¹⁰⁴ Comunicación de New South Wales Aboriginal Land Council.

¹⁰⁵ Comunicación de Australia.

el Monumento Nacional de Bears Ears, una parcela de 5.463 km² que es “profundamente sagrada” para varias tribus indígenas de los Estados Unidos. Se creó una comisión de cinco tribus para orientar a los organismos federales en la gestión de la tierra, acto que se consideró un avance innovador en la promoción de la libre determinación y los derechos culturales de los pueblos indígenas¹⁰⁶. El destino del monumento es ahora incierto, ya que el Gobierno del actual Presidente trata de reducir su tamaño en un 85 %¹⁰⁷, a pesar de las objeciones de las tribus, que han interpuesto una demanda¹⁰⁸.

C. Demarcación y delimitación de tierras

46. Los Estados acometen la demarcación y delimitación de tierras indígenas y el reconocimiento de la propiedad colectiva mediante sistemas de legalización y planificación. Costa Rica, por ejemplo, cuenta con el Plan Nacional para la Recuperación de Territorios Indígenas de Costa Rica (PLAN-TRI) 2016-2022¹⁰⁹, y en Guyana se han puesto en marcha iniciativas como el Proyecto de Titulación de Tierras Amerindias a raíz de las consultas sobre una ley de 2006 que garantiza los derechos sobre tierras amerindias¹¹⁰.

47. Varios Estados de América del Sur, como el Estado Plurinacional de Bolivia, el Brasil, Colombia, el Ecuador y el Perú, han elaborado medidas jurídicas, administrativas y de políticas para la protección especial de los pueblos indígenas en aislamiento voluntario o en contacto inicial, aunque todavía no se aplican de manera adecuada¹¹¹. Por ejemplo, en el Brasil existe el deber constitucional de demarcar las tierras ocupadas tradicionalmente por los pueblos indígenas de acuerdo con sus tradiciones y formas de organización social (Constitución, art. 231). Una iniciativa lograda es la del Valle del Javari, una zona de más de 8.544.448 ha y la segunda más grande del Brasil que ha sido demarcada, con la mayor concentración de pueblos aislados del mundo¹¹². Sin embargo, a pesar de los buenos ejemplos en la región de América del Sur, actualmente se están dando pasos atrás preocupantes especialmente en el Brasil, que ponen en grave peligro la supervivencia de pueblos indígenas en aislamiento y en contacto inicial¹¹³.

48. Una buena práctica prometedora es la proporcionada por la Comisión de Derechos de la Tierra Maya de Toledo, en Belice, que ha redactado un proyecto de política sobre la tenencia consuetudinaria de las tierras de los mayas, un marco de consultas con los mayas, campañas públicas de sensibilización para reducir las incursiones ilegales en las zonas mayas y su apropiación indebida, una estrategia de demarcación y autodelimitación y un marco de solución de litigios en colaboración con representantes del pueblo maya¹¹⁴. En la República Unida de Tanzania, los pastores pueden recibir certificados de tierras después de haber formado una “aldea”, que es la única entidad autónoma reconocida jurídicamente en materia de tierras. Sin embargo, hasta hace poco, los cazadores-recolectores, en su condición de minoría numérica dondequiera que vivan, no podían constituir el número exigido por la ley para formar una aldea. En un avance histórico, en noviembre de 2011 se concedió al pueblo cazador-recolector hadzabe un certificado colectivo de tierras comunitarias, equivalente al certificado de tierras de aldea, sobre la base de su estilo de vida único y su condición de minoría¹¹⁵. En Filipinas, desde 2001, con el apoyo de organizaciones no gubernamentales, se han concedido por lo menos diez títulos de propiedad de tierras y se ha procedido a la cartografía y el levantamiento topográfico de cerca de 250.000 ha de tierras tradicionales, y para 2015, 145 comunidades indígenas

¹⁰⁶ Véase <https://obamawhitehouse.archives.gov/the-press-office/2016/12/28/proclamation-establishment-bears-ears-national-monument>.

¹⁰⁷ Véase <https://www.whitehouse.gov/presidential-actions/presidential-proclamation-modifying-bears-ears-national-monument/>.

¹⁰⁸ Native American Rights Fund, véase www.narf.org/cases/bears-ears/.

¹⁰⁹ A/HRC/WG.6/33/CRI/1, párr. 37.

¹¹⁰ www.guyanareddfund.org/images/stories/Signed%20ALT%20Project%20Document.pdf.

¹¹¹ Segunda comunicación de la Coordinadora de las Organizaciones Indígenas de la Cuenca Amazónica.

¹¹² Comunicación de Beto Marubo.

¹¹³ Segunda comunicación de la Coordinadora de las Organizaciones Indígenas de la Cuenca Amazónica.

¹¹⁴ A/HRC/WG.6/31/BLZ/1, párrs. 98 y 100 a 102.

¹¹⁵ Comunicación de Elifuraha Laltaika.

estaban utilizando modelos tridimensionales participativos para cartografiar sus territorios¹¹⁶.

49. Los procesos de demarcación tienen muchas dificultades. Son invariablemente lentos. En la República Bolivariana de Venezuela, en 2016, a pesar de que la demarcación de la propiedad afecta a unas 101.000 personas de 683 comunidades indígenas que abarcan más de 3,2 millones de hectáreas, solo se había demarcado el 12,4 % de las tierras indígenas. En el Estado Plurinacional de Bolivia, después de dos decenios la reclamación de los tacanas en el marco de la Tierra Comunitaria de Origen con arreglo a la Ley núm. 1715 no ha dado lugar todavía a la consolidación de su territorio¹¹⁷. En la Argentina, 13 años después de la sanción de la Ley núm. 26160, solo se ha iniciado el 57 % de los relevamientos previstos¹¹⁸. En Camboya, aunque se han otorgado 684 títulos de propiedad a 24 pueblos indígenas, el requisito de contar con el “acuerdo de sus vecinos”, su carácter tedioso y el gasto que supone están contribuyendo a que el proceso se estanque¹¹⁹. En Filipinas, a pesar de las leyes y programas concebidos para finalizar la titulación de todas las tierras indígenas ancestrales, se ha informado de que el proceso de titulación es ineficaz y se ha descrito como lento y engorroso, costoso y con requisitos prolijos¹²⁰. En Indonesia, ante la falta de un mecanismo nacional, los pueblos indígenas establecieron en 2011 el Organismo de Registro de Territorios Indígenas, que registró 703 mapas que representan territorios indígenas que abarcan 8,3 millones de hectáreas. Sin embargo, no ha habido una respuesta reglamentaria apreciable de los ministerios y organismos que reciben esos mapas¹²¹. Varios pueblos indígenas de los Estados Unidos de América tienen sus propias posibilidades de titulación de tierras y han asumido del Gobierno federal la responsabilidad de esa labor, lo que ha dado lugar a una mayor eficiencia¹²².

50. Existen otras dificultades para la demarcación en todas las regiones, entre ellas: la falta de reconocimiento de los derechos inherentes de los pueblos indígenas a sus tierras, territorios y recursos; la superposición de títulos; la falta de conocimiento sobre el proceso de titulación; la ocupación ilegal por parte de pequeños agricultores; los requisitos jurídicos onerosos; los recursos financieros y humanos limitados; el alto costo de la realización de levantamientos topográficos; y las controversias. En Honduras, si bien el proceso de demarcación en la región de la Moskitia ha dado lugar a una titulación colectiva, la presencia continua de ganaderos, madereros y narcotraficantes ha ocasionado tensiones y conflictos constantes y ha puesto en peligro a las comunidades indígenas¹²³.

D. Tribunales para las reclamaciones de tierras

51. En Noruega, en virtud de la Ley de Finnmark de 2005, se establecieron el Tribunal de Tierras no Cultivadas de Finnmark y la Comisión de Finnmark con el fin de facilitar la gestión de las tierras y los recursos naturales en beneficio de los habitantes de Finnmark y como fundamento de la cultura sami¹²⁴. Si bien la Ley de Finnmark reconocía que el pueblo sami había adquirido derechos colectivos e individuales en esa región de resultados de su prolongada utilización de la tierra y los recursos, ha sido criticada por no reconocer las leyes y derechos consuetudinarios distintivos de los samis¹²⁵.

¹¹⁶ Comunicación de Asia Indigenous Peoples Pact.

¹¹⁷ Comunicación de la Red Eclesial Panamazónica.

¹¹⁸ Comunicación del Defensor del Pueblo de la Nación de la Argentina.

¹¹⁹ A/HRC/WG.6/32/KHM/1, párr. 57. Véase también *The Indigenous World 2019*, pág. 252, y la comunicación del Foro de Asia y el Pacífico sobre la Mujer, el Derecho y el Desarrollo.

¹²⁰ A/HRC/WG.6/27/PHL/1, párrs. 83 a 86; comunicación del Foro de Asia y el Pacífico sobre la Mujer, el Derecho y el Desarrollo; y comunicación de la institución nacional de derechos humanos de Filipinas.

¹²¹ Comunicación de Asia Indigenous Peoples Pact.

¹²² Véase <https://review.law.stanford.edu/wp-content/uploads/sites/3/2019/04/Carpenter-Riley-71-Stan.-L.-Rev.-791.pdf>.

¹²³ A/HRC/33/42/Add.2 y A/HRC/39/17.

¹²⁴ Comunicación de Noruega.

¹²⁵ A/HRC/WG.6/33/NOR/2 y A/HRC/33/42/Add.3.

52. El Relator Especial sobre los derechos de los pueblos indígenas ha reconocido que el Tribunal de Waitangi en Nueva Zelanda es uno de los ejemplos más importantes del mundo de un esfuerzo encaminado a subsanar los agravios históricos y presentes de los pueblos indígenas¹²⁶. Aunque el Tribunal no puede dictar fallos vinculantes y tiene otros puntos débiles, los tribunales ordinarios conceden “un peso y un respeto considerables” a sus decisiones¹²⁷. En los Estados Unidos de América, la histórica Comisión de Reclamaciones Indias dejó un legado ambivalente debido a su decisión de conceder solo una restitución monetaria en lugar de la restauración de las tierras reales. En el Canadá, el Gobierno y la Asamblea de las Primeras Naciones crearon conjuntamente el Tribunal de Reclamaciones Específicas para subsanar los agravios históricos, con fallos vinculantes, como parte de la Política de Reclamaciones Específicas¹²⁸.

E. Ejecución y adjudicación del título jurídico, especialmente por conducto de los tribunales nacionales

53. A falta de procesos de adjudicación eficaces con arreglo al artículo 27 de la Declaración, algunos pueblos indígenas elevan su solicitud de titularidad a los tribunales nacionales. En Indonesia, en tres fallos históricos del Tribunal Constitucional se han reconocido los derechos colectivos de pueblos indígenas a sus territorios¹²⁹. En Botswana, en 2006, se citó el proyecto de Declaración para fallar a favor de los pueblos basarwas (los san), que habían sido desalojados de sus tierras ancestrales¹³⁰. En Nueva Zelanda, en *Ngati Apa v. Attorney-General*, el Tribunal de Apelación dictaminó que la carga de la prueba de la extinción del título consuetudinario recaía en la Corona, y que la intención de extinguirlo tendría que ser “clara y evidente”¹³¹.

54. En Suecia, el Tribunal Supremo concedió a una asociación sami el derecho exclusivo de administrar la caza menor en tierras propiedad del Estado¹³². En Noruega, el Tribunal Supremo decidió, de conformidad con la Ley de Cría de Renos de 2007, que la determinación de los derechos de propiedad debía tener en cuenta las tradiciones samis¹³³. En Finlandia, los samis demandados por haber infringido la Ley de Pesca al pescar en sus mares sin licencia fueron absueltos, ya que el Tribunal determinó que estaban pescando de acuerdo con su derecho consuetudinario. La decisión judicial se remitió a los artículos 8, 14, 20, 26, 34, 40 y 43 de la Declaración. En enero de 2020, un tribunal del Perú pidió al Estado que estableciera una zona de protección estricta en torno a una región amazónica cercana a la frontera con el Brasil para proteger a los pueblos indígenas en aislamiento voluntario contra la invasión de empresas petroleras¹³⁴.

55. Las dificultades que se presentan en estas y otras causas similares son muchas, dependiendo del Estado y del nivel de reconocimiento de los pueblos indígenas y sus derechos territoriales. En la República Democrática del Congo, aunque desde 2014 se han presentado al Parlamento proyectos de ley sobre los derechos de los pueblos indígenas, se considera que los pueblos indígenas son como otras comunidades, lo que contribuye a los conflictos por la tierra y otros recursos¹³⁵.

¹²⁶ A/HRC/18/35/Add.4, párr. 67.

¹²⁷ Janine Hayward y Nicola Wheen, eds., *The Waitangi Tribunal: Te Roopu Whakamana i te Tiriti o Waitangi* (Wellington, Bridget Williams Books, 2015).

¹²⁸ Comunicación del Canadá.

¹²⁹ Comunicación de International Coalition for Papua.

¹³⁰ A/HRC/36/56.

¹³¹ www.nzlii.org/nz/cases/NZCA/2003/117.html.

¹³² Ulf Mörkenstam, “Organised hypocrisy? The implementation of the international indigenous rights regime in Sweden”, *International Journal of Human Rights* (junio de 2019).

¹³³ Noruega, Tribunal Supremo, decisiones núm. HR-2016-2030-A de 28 de septiembre de 2016 y núm. HR-2018-456-P de 9 de marzo de 2018. Comunicación de Noruega.

¹³⁴ Sentencia núm. 2019-1°JCM-CSJLO-JAVT de la Corte Superior de Justicia de Loreto, puede consultarse en <https://drive.google.com/file/d/1AVTI6jVrw3Mkx5T3BuNTMI5fvRJhgZ9J/view>.

¹³⁵ Comunicación del Institut de l’environnement et des ressources naturelles. Véanse también CEDAW/C/COD/CO/8, CCPR/C/COD/CO/4 y www.iwgia.org/en/democratic-republic-of-congo/3500-iw2019-drc.

56. En algunos Estados, los pueblos indígenas tienen dificultades para acceder al sistema judicial y a veces carecen del nivel de organización social y política necesario para elevar las causas a los tribunales¹³⁶. Los procedimientos judiciales suelen ser complejos, la independencia del poder judicial no siempre está garantizada y los profesionales del derecho, incluidos los que representan a los pueblos indígenas, suelen desconocer los derechos territoriales de los pueblos indígenas. Hay pocos jueces indígenas¹³⁷, mientras que a menudo hay una carga onerosa de la prueba¹³⁸ y a veces incoherencia entre los tribunales federales y estatales. Incluso las decisiones positivas pueden ir acompañadas de efectos negativos para los pueblos indígenas. En el Brasil, el reconocimiento de los derechos territoriales indígenas en Raposa Serra do Sol dio lugar a intentos de restringir la capacidad de los abogados del Estado para defender el derecho de los pueblos indígenas a la tierra (véase la opinión núm. 001/2017 del Fiscal General Federal, posteriormente suspendida por una decisión del Tribunal Supremo en la causa de la comunidad indígena xokleng)¹³⁹.

57. Elevar las causas a los tribunales también puede implicar un riesgo para los pueblos indígenas y sus defensores. Muchos sufren represalias, intimidación, acoso y detención¹⁴⁰. Recurrir a la justicia pasa factura a los pueblos indígenas de todas las regiones, en el plano emocional y económico. A menudo no hay asistencia letrada y los costos son prohibitivos, como señaló la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en un caso contra el Canadá¹⁴¹. E incluso si se gana el juicio, puede que no se ejecute la sentencia, como en la causa de los ogiek en Kenya.

¹³⁶ Comunicación de International Coalition for Papua. Véanse también A/HRC/42/37 y A/72/186, párr. 57.

¹³⁷ Comunicación del Institut de l'environnement et des ressources naturelles.

¹³⁸ Guyana, Tribunal Superior, *Thomas and Arau Village Council v. Attorney General of Guyana and another*, decisión no publicada de fecha 30 de abril de 2009, en Amy Strecker, "Indigenous land rights and Caribbean reparations discourse", *Leiden Journal of International Law*, vol. 30, núm. 3 (septiembre de 2017), pág. 639.

¹³⁹ Véanse <https://cimi.org.br/wp-content/uploads/2020/02/aco1100-decisao-parecer001.pdf> y <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=11818>.

¹⁴⁰ A/HRC/39/62 y A/HRC/39/17.

¹⁴¹ Comisión Interamericana de Derechos Humanos, informe núm. 105/09 sobre la admisibilidad de la petición 592-07 relativa al Grupo de Tratado Hul'qumi'num, Canadá (30 de octubre de 2009), párr. 37.

Anexo

Opinión núm. 13 relativa al derecho a la tierra de los pueblos indígenas

1. Los Estados deben reconocer a los pueblos indígenas como tales. También deben reconocer el derecho de los pueblos indígenas a sus tierras, territorios y recursos, en consonancia con la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas y el desarrollo de ese derecho expresado por los organismos regionales e internacionales de derechos humanos. Además, los Estados tienen la obligación de adoptar medidas para hacer efectivos otros derechos conexos, incluidos el derecho a la vida y el derecho a vivir con dignidad.
2. Los Estados deben dar aplicación a las opiniones formuladas en otros estudios del Mecanismo de Expertos sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas en relación con los derechos territoriales, en particular el estudio sobre el consentimiento libre, previo e informado y los estudios sobre la participación de los pueblos indígenas¹. Los Estados también deben dar aplicación a las decisiones internacionales, regionales y nacionales sobre los derechos de los pueblos indígenas.
3. Los Estados deben velar por que, por conducto de la consulta con los pueblos indígenas, el tipo de tenencia de la tierra (propiedad, usufructo o variaciones de ambos) que se les conceda se ajuste a las necesidades, el modo de vida, las costumbres, las tradiciones y los sistemas de tenencia de la tierra de los pueblos indígenas concernidos y se respete y garantice.
4. En consulta con los pueblos indígenas, los Estados deben establecer las medidas legislativas y administrativas y los mecanismos apropiados y eficaces que sean necesarios para facilitar la propiedad, el uso y la titulación de las tierras, territorios y recursos indígenas, incluidas las tierras que hayan pasado a ocupar los pueblos indígenas a causa de reubicaciones de otras épocas. Esto debe hacerse respetando las costumbres, tradiciones y sistemas de tierras de los pueblos indígenas, incluido el reconocimiento de la propia tenencia de la tierra de los pueblos indígenas como fuente de propiedad y de derechos territoriales. Esto puede exigir medidas para celebrar diálogos entre Estados en los casos en que los pueblos indígenas residen a ambos lados de las fronteras. Los Estados deben abolir todas las leyes, incluidas las aprobadas durante los períodos de colonización, que tengan por objeto legitimar la desposesión de las tierras de los pueblos indígenas o tengan el efecto de facilitarla.
5. Los Estados deben velar por que los pueblos indígenas que han conservado la propiedad de los recursos de sus tierras y territorios tengan derecho a extraerlos y explotarlos, al menos en las mismas condiciones que otros propietarios de tierras tengan el derecho a extraer y explotar los recursos de sus tierras.
6. Los Estados deben poner en práctica los derechos enunciados en la Declaración para reformar sus legislaciones nacionales, regionales y locales de manera que se reconozcan las costumbres, tradiciones y sistemas de tenencia de la tierra propios de los pueblos indígenas, en particular su propiedad colectiva de tierras, territorios y recursos.
7. Los Estados deben velar por que los pueblos indígenas tengan derecho a mantener y fortalecer su relación espiritual con las tierras, territorios y recursos, incluidas las aguas y los mares, que estén en su posesión y que ya no estén en su posesión pero que hayan sido de su propiedad o hayan utilizado en otras épocas.
8. Cuando sea posible, los Estados deben utilizar los mecanismos tradicionales de solución de controversias propios de los pueblos indígenas, como el arbitraje, en lugar de litigar por conducto de los tribunales.

¹ A/HRC/15/35, A/HRC/18/42, A/HRC/21/55 y A/HRC/39/62.

9. Los Estados deben garantizar el acceso efectivo de los pueblos indígenas a los procedimientos judiciales pertinentes.
10. Los Estados deben garantizar que las mujeres indígenas disfruten del mismo acceso que los hombres indígenas a la propiedad o el uso y el control de sus tierras, territorios y recursos, entre otras cosas revocando o modificando las leyes, políticas y reglamentos discriminatorios, protegiéndolas contra la discriminación y la desposesión² y prestándoles apoyo, cuando sea necesario, en la gestión de sus tierras.
11. Los Estados deben establecer y aplicar, conjuntamente con los pueblos indígenas pertinentes, 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 los que tradicionalmente han poseído u ocupado o utilizado (Declaración, art. 27).
12. Los Estados deben asegurarse de que los pueblos indígenas que hayan perdido contra su voluntad la posesión de sus tierras o estas les hayan sido confiscadas, tomadas, ocupadas o dañadas sin su consentimiento libre, previo e informado tengan derecho a la restitución y, si no es posible la restitución, a otra reparación adecuada, teniendo presente que la indemnización no debe limitarse a indemnizaciones financieras, sino que también debe adoptar la forma de otras tierras similares (Declaración, art. 28)³.
13. Los Estados deben velar por que las empresas asuman la responsabilidad de limpiar de forma eficaz e inmediata las tierras, territorios y recursos contaminados por sus actividades de desarrollo, en colaboración y coordinación con los pueblos indígenas afectados.
14. Las empresas multinacionales deben ser conscientes de la presencia de pueblos indígenas en todos los países en que realizan actividades y respetar sus derechos, en particular sus derechos territoriales, de conformidad con los principios internacionales⁴.
15. Los Estados deben adoptar medidas para asegurar la representación de los pueblos indígenas en todos los aspectos de la vida pública, más allá de los foros que tratan exclusivamente de cuestiones indígenas, incluidos los poderes ejecutivo, legislativo y judicial, así como los organismos regionales e internacionales.
16. Los Estados deben asegurar una atención urgente y particular a la protección de los derechos territoriales de los pueblos indígenas en aislamiento voluntario y respetar el principio de no contacto. También deben aplicarse medidas adicionales de protección positiva, como el establecimiento de zonas de separación, el control del acceso y la vigilancia, y planes de contingencia, incluidos planes de salud, para los casos de contacto accidental o forzado⁵.
17. Los Estados deben velar por que todos los que trabajan en cuestiones indígenas en el Estado, incluidos los legisladores, y los funcionarios públicos, incluidos los agentes del orden en los planos regional o local y los miembros del poder judicial, estén familiarizados con los derechos de los pueblos indígenas.
18. Los Estados deben adoptar medidas, entre otras las recomendadas por la Relatora Especial sobre los derechos de los pueblos indígenas, para poner fin a la violencia contra los defensores de las tierras indígenas y a su persecución y ofrecer reparación por los daños sufridos⁶.
19. Los pueblos indígenas deben considerar la posibilidad de sensibilizar a la opinión pública sobre sus derechos territoriales para prevenir que las tierras indígenas sean objeto de incursiones ilegales o apropiación indebida. También deben considerar la posibilidad de

² Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, recomendación general núm. 34 (2016) sobre los derechos de las mujeres rurales.

³ Véase también A/HRC/39/62.

⁴ Véase www.ohchr.org/documents/publications/guidingprinciplesbusinessshr_sp.pdf.

⁵ Véase www.refworld.org/es/pdfid/5a95c4fb4.pdf.

⁶ Véase A/HRC/39/17.

colaborar con los medios de comunicación y ofrecerles capacitación sobre los derechos territoriales indígenas, en particular cuando entablen litigios estratégicos. Esas medidas deben contar con el apoyo de las instituciones del Estado.

20. Los pueblos indígenas deben considerar el modo de acrecentar el apoyo político para hacer efectivos sus derechos territoriales.

21. Los pueblos indígenas deben fomentar su propia capacidad en relación con sus derechos en virtud de la Declaración y con el modo de hacerlos valer en los planos nacional, regional e internacional, por ejemplo mediante el Programa de Becas para Indígenas, de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, y solicitando donaciones del Fondo de Contribuciones Voluntarias de las Naciones Unidas para los Pueblos Indígenas a fin de asistir a eventos internacionales sobre los derechos indígenas. Los Estados también deben prestar apoyo para garantizar que sea viable el pleno acceso a esas oportunidades.

22. Los Estados y las instituciones financieras internacionales deben seguir cooperando en la promoción de las inversiones que permitan demarcar y proteger las tierras indígenas⁷.

23. Los Estados y los pueblos indígenas deben considerar la posibilidad de establecer acuerdos innovadores para la gestión conjunta de las tierras en los casos en que no sea conveniente o posible la transferencia de los títulos de propiedad, y deben aplicar esos acuerdos.

⁷ Comunicación de Alemania.