



**Consejo Económico
y Social**

Distr.
GENERAL

E/CN.4/2006/78
16 de febrero de 2006

Original: ESPAÑOL

COMISIÓN DE DERECHOS HUMANOS
62.º período de sesiones
Tema 15 del programa provisional

LAS CUESTIONES INDÍGENAS

Los derechos humanos y las cuestiones indígenas

**Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y
las libertades fundamentales de los indígenas, Sr. Rodolfo Stavenhagen***

* Este documento se presenta con retraso para poder incluir la información más reciente.

Resumen

Desde la presentación de su anterior informe a la Comisión de Derechos Humanos, el Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas ha realizado visitas oficiales a Sudáfrica (28 de julio al 8 de agosto de 2005) y Nueva Zelandia (2 al 11 de noviembre de 2005) para observar la situación de los pueblos indígenas. Los informes respectivos figuran en los documentos E/CN.4/2006/78/Add.2 y 3.

El presente informe se centra en la brecha de la implementación entre los avances realizados por numerosos países en sus legislaciones nacionales en que se reconoce a los pueblos indígenas y sus derechos y las realidades cotidianas en las que se encuentran numerosos problemas para el adecuado cumplimiento de estas medidas legislativas. Se presentan algunos de los principales obstáculos y las medidas tomadas para superarlos y se ilustra esta problemática con ejemplos de varias regiones.

También se ofrece información sobre las comunicaciones y las respuestas de los gobiernos acerca de presuntas violaciones de derechos humanos recibidas y transmitidas entre el 1.º de enero y el 31 de diciembre de 2005 así como referencias a las actividades de seguimiento de las misiones llevadas a cabo por el Relator Especial. Atendiendo la petición de la Comisión, el Relator Especial transmite también un informe de progreso sobre las actividades en curso sobre las mejores prácticas para la aplicación de las recomendaciones que figuran en sus informes (E/CN.4/2006/78/Add.4).

Se adjuntan las conclusiones y recomendaciones de los Seminarios internacionales sobre reformas constitucionales, legislación e implementación de la legislación en materia de los derechos de los pueblos indígenas llevados a cabo en Ginebra en la sede central de la Unión Interparlamentaria los días 25 y 26 de julio y en la Universidad de Arizona, del 12 al 14 de octubre de 2005 (E/CN.4/2006/78/Add.5) en apoyo del trabajo del Relator Especial en este campo.

ÍNDICE

	<i>Párrafos</i>	<i>Página</i>
INTRODUCCIÓN.....	1-4	4
I. LOS PUEBLOS INDÍGENAS: IMPLEMENTACIÓN DE LA LEGISLACIÓN Y JURISPRUDENCIA EN MATERIA DE PROTECCIÓN Y PROMOCIÓN DE SUS DERECHOS HUMANOS.....	5-79	5
A. Panorama general de la legislación existente en materia de promoción y protección de los derechos humanos de los pueblos indígenas.....	7-13	5
B. Análisis de la implementación de la legislación existente: avances y obstáculos.....	14-79	6
II. CONCLUSIONES	80-92	20
III. RECOMENDACIONES.....	93-114	22

INTRODUCCIÓN

1. El mandato del Relator Especial fue establecido por la Comisión de Derechos Humanos en la resolución 2001/57, y extendido por un periodo adicional de tres años en 2004. En 2005 el Relator Especial presentó su cuarto informe anual a la Comisión (E/CN.4/2005/88) y su segundo informe a la Asamblea General (A/60/358). Durante el año realizó misiones oficiales a Sudáfrica del 28 de julio al 8 de agosto y a Nueva Zelanda del 2 al 11 de noviembre de 2005. Los informes correspondientes figuran en anexo (E/CN.4/2006/78/Add.2 y 3).

2. El Relator Especial se complace ahora en presentar a la Comisión su quinto informe temático anual que enfoca la cuestión de las reformas constitucionales, legislación e implementación de las leyes en materia de promoción y protección de los derechos de los pueblos indígenas y la eficacia en su implementación, así como en la implementación de las diversas normas internacionales y decisiones de los organismos encargados de velar por el cumplimiento de los convenios y tratados relevantes en esta materia.

3. Atendiendo su resolución 2005/51, el Relator Especial presenta a la Comisión un informe de progreso del estudio sobre las mejores prácticas para la aplicación de las recomendaciones que figuran en sus informes (E/CN.4/2006/78/Add.4). Ha participado en diversas reuniones con autoridades gubernamentales en el contexto del proyecto de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos (ACNUDH) para dar seguimiento a las recomendaciones del Relator Especial en México y Guatemala. También ha mantenido contactos con los diversos mecanismos especiales de derechos humanos y agencias de las Naciones Unidas. En el contexto del seguimiento a su visita a Colombia en 2004 ha intercambiado información con el Asesor Especial del Secretario General sobre la prevención del genocidio con relación a la situación extremadamente vulnerable de algunas pequeñas comunidades indígenas en la región amazónica que pudieran encontrarse en peligro de extinción a consecuencia de la violencia (véase E/CN.4/2005/88/Add.2). Se ha pedido información adicional sobre estas denuncias a las autoridades de Colombia, y el Relator Especial confía en la cooperación del Gobierno para esclarecer la situación y prevenir posibles desenlaces irremediables. En la preparación de este informe se contó con el apoyo de los gobiernos, los órganos y programas de las Naciones Unidas, así como numerosas organizaciones de pueblos indígenas, asociaciones de derechos humanos, académicos, investigadores y profesionales de la materia, quienes proporcionaron valiosas informaciones sobre temas legislativos, políticos, judiciales y administrativos relacionados con los derechos de los pueblos indígenas.

4. En cumplimiento de la resolución 2005/51 de la Comisión, el ACNUDH organizó dos seminarios de expertos sobre esta cuestión, el primero con la Unión Interparlamentaria y el segundo con la Universidad de Arizona. Ambos seminarios fueron de suma utilidad para la preparación de este informe. Las conclusiones y recomendaciones de estos seminarios se transmiten a la Comisión para su información (E/CN.4/2006/78/Add.5). El Relator Especial agradece la colaboración del Departamento de Normas Internacionales del Trabajo de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), de Anders B. Jonson, Secretario General de la Unión Interparlamentaria y sus colegas, de James Anaya y su equipo de la Universidad de Arizona, del equipo sobre Cuestiones Indígenas y Minorías del ACNUDH y de la Escuela Europea de Estudios Avanzados sobre Cooperación y Desarrollo de la Universidad de Pavía (Italia) por el apoyo recibido para el cumplimiento del mandato. También desea agradecer la colaboración del Instituto Interamericano de Derechos Humanos, los miembros de la red sobre

Derecho y Sociedad Alertanet y demás personas que colaboran con él. El Relator Especial ha tomado nota de las recomendaciones que le han sido dirigidas por el Foro Permanente para las Cuestiones Indígenas en su cuarto período de sesiones y las está tomando en cuenta en sus trabajos.

I. LOS PUEBLOS INDÍGENAS: IMPLEMENTACIÓN DE LA LEGISLACIÓN Y JURISPRUDENCIA EN MATERIA DE PROTECCIÓN Y PROMOCIÓN DE SUS DERECHOS HUMANOS

5. Durante el Primer Decenio Internacional de los Pueblos Indígenas (1994-2004) numerosos países han llevado a cabo procesos legislativos y reformas constitucionales para el reconocimiento de los pueblos indígenas y sus derechos, incluyendo el reconocimiento de las lenguas, culturas y tradiciones, la necesidad de la consulta previa e informada, la regulación del acceso a los recursos naturales y a la tierra o, en algunos casos, el reconocimiento de la autonomía y el autogobierno. Pese a estos avances se advierte la existencia de una “brecha de implementación” entre la legislación y la realidad cotidiana; su aplicación y cumplimiento se enfrentan a múltiples obstáculos y problemas. En el presente informe se da cuenta de algunos de ellos y de las medidas tomadas para superarlos y se ilustra esta problemática con algunos ejemplos de diversas regiones del mundo.

6. El Relator Especial confía en que los elementos que se señalan en el presente informe puedan servir de guía para los gobiernos en su compromiso para implementar de una forma más efectiva las normas existentes en materia de promoción y protección de los derechos de los pueblos indígenas.

A. Panorama general de la legislación existente en materia de promoción y protección de los derechos humanos de los pueblos indígenas

7. En el continente americano, donde durante mucho tiempo no se reconoció a los pueblos indígenas como categorías específicas de la población nacional, se produjeron en las últimas décadas numerosas reformas constitucionales o se adoptaron legislaciones especiales relativas a los pueblos indígenas. Argentina, Bolivia, Brasil, Colombia, Ecuador, Guatemala, México, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú y Venezuela realizaron reformas constitucionales en las que han sido reconocidos algunos derechos de los pueblos indígenas. En el Canadá la Ley Constitucional de 1982 reconoce los derechos aborígenes, pero los demás países de la región americana no reconocen los derechos de los pueblos indígenas en sus cartas constitucionales.

8. Estas reformas legislativas abarcan numerosas cuestiones, como son los derechos a la propiedad de la tierra y el territorio, al uso del idioma propio, a la educación y a la cultura y, en algunos casos, a la autonomía y el gobierno propio, y también el derecho consuetudinario (a veces referido como “usos y costumbres”). Durante la última década del siglo XX todos los países andinos, excepto Chile, cambiaron sus constituciones, reconocieron el pluralismo jurídico y ratificaron el Convenio n.º 169 sobre pueblos indígenas y tribales de la OIT: Colombia (1991), Perú (1993), Bolivia (1994), Ecuador (1998) y Venezuela (1999). Chile tiene una ley de 1993 sobre esta problemática y está pendiente una reforma constitucional (véase E/CN.4/2004/80/Add.3). Con fórmulas afines, dichas constituciones reconocieron potestad jurisdiccional (para administrar justicia o resolver conflictos) a las autoridades indígenas y campesinas, de acuerdo a su propio derecho consuetudinario o costumbres.

9. El nuevo constitucionalismo pluralista destaca el reconocimiento de los pueblos indígenas como sujetos políticos y no sólo como objetos de políticas que dictan otros; un cambio en la identidad del Estado-nación que ahora se reconoce como multiétnico y pluricultural; el derecho individual y colectivo a la propia identidad, y el reconocimiento del pluralismo jurídico. Sin embargo, la implementación institucional, el desarrollo legislativo y jurisprudencial y la apropiación misma de las reformas por los propios indígenas y campesinos ha sido desigual en la región.

10. En otras partes del mundo también se han dado legislaciones en la materia. La Ley federal sobre garantías de los derechos de los pequeños pueblos indígenas de la Federación de Rusia de 1999 es el primer paso hacia el reconocimiento de los pueblos indígenas en aquel país. Esta Ley brinda protección judicial a los derechos de estos pueblos y protege el medio ambiente indígena, el estilo de vida y la economía y las culturas e idiomas tradicionales. En 2001 una nueva legislación estableció la regulación sobre los territorios administrados de forma tradicional por los pueblos indígenas.

11. En algunos países asiáticos se ha promovido el reconocimiento de los pueblos indígenas, aunque este concepto no es aceptado en todas partes. En Camboya la ley les reconoce diversos derechos en materia de tierras y manejo de bosques. Desde 1954 Malasia adoptó la Ley de Pueblos Aborígenes para la protección de los grupos indígenas conocidos con el nombre genérico de Orang Asli. La Ley de Derechos de los Pueblos Indígenas de 1997 (IPRA por sus siglas en inglés) en Filipinas reconoce varios derechos a estos pueblos (véase E/CN.4/2003/90/Add.3).

12. En el continente africano sólo unos cuantos Estados han reconocido la existencia de poblaciones indígenas en su territorio. Algunas legislaciones se refieren a estas comunidades, pero en la mayoría de los casos se procura una única identidad nacional más que el reconocimiento de las identidades específicas de los pueblos indígenas.

13. La Constitución de Etiopía habla del derecho incondicional a la libre determinación de cada nación, nacionalidad y pueblo en Etiopía; la de Camerún, así como la de Uganda protegen a las minorías y los derechos de los indígenas. En Argelia, la Constitución de 1996 reconoce la dimensión amazigh de la cultura argelina, y la Constitución de Namibia reconoce el idioma nama. A pesar de que los pueblos indígenas no están reconocidos oficialmente como tales en Sudáfrica, los pueblos khoe y san son mencionados en la Constitución de 1996, en la que se protege el uso de las lenguas indígenas (véase E/CN.4/2006/78/Add. 2).

B. Análisis de la implementación de la legislación existente: avances y obstáculos.

14. Pese a estas medidas legislativas y reformas institucionales se advierte la existencia de una “brecha de implementación” entre la legislación y la realidad cotidiana. La plena implementación de los avances legislativos se enfrenta a múltiples obstáculos y problemas, ante los cuales han sido tomadas diversas medidas.

Participación y representación indígena en las legislaturas

15. Los pueblos indígenas logran mejorar sus derechos ciudadanos en la medida en que participan democráticamente en el proceso político y en los asuntos del Estado. En años recientes

debido, en cierta medida, a los espacios abiertos por las nuevas legislaciones, las organizaciones y los movimientos sociales de los indígenas han participado de manera creciente en la política electoral, según las circunstancias en distintos países. Por ejemplo, en las elecciones de septiembre de 2005 el Partido Maori obtuvo cuatro escaños en el parlamento de Nueva Zelanda. El partido indígena Pachakutik participó durante algunos meses en el Gobierno del Ecuador. Y en diciembre de 2005 Bolivia eligió por primera vez en su historia con amplia mayoría a un presidente aymara.

16. Sin embargo, el nivel de participación de los indígenas en la vida política de sus países continúa siendo bajo. A pesar de su presencia en algunos parlamentos nacionales y legislaturas provinciales, las preocupaciones de los pueblos indígenas no encuentran suficiente expresión en los trabajos de las legislaturas, en parte por su marginación de los procesos electorales. Por ello, en algunos casos se han adoptado medidas para asegurar la representación de indígenas en las legislaturas mediante cuotas de representación (por ejemplo, en Colombia, Venezuela y Nueva Zelanda).

17. Siendo minoría, los indígenas con frecuencia tienen que negociar con otros grupos de intereses, lo cual tiende a diluir sus propias demandas en las actividades parlamentarias, y no siempre pueden participar en todas las comisiones parlamentarias relevantes. Esta situación es señalada como uno de los principales obstáculos para que las agendas de los pueblos indígenas sean tomadas en cuenta en los procesos legislativos.

Inconsistencia entre leyes y bloqueos institucionales

18. Se ha señalado que en muchos países existe una brecha entre las normas y principios internacionales en materia de derechos humanos indígenas y la legislación doméstica. Las normas internacionales no siempre pasan automáticamente a formar parte de la legislación nacional, aun cuando hayan sido ratificadas. En ocasiones son ignoradas por funcionarios públicos así como en la jurisprudencia de los tribunales. Otro de los problemas reportados se refiere a la inconsistencia entre distintas leyes, por ejemplo entre leyes mineras o las que se refieren al manejo de recursos naturales, y la legislación indígena o de derechos humanos.

19. El problema de la inconsistencia entre leyes, la falta de implementación de las mismas, la ignorancia por descuido o voluntad de las normas internacionales se manifiesta en distintos niveles y de manera variada, por ejemplo, por la falta de capacitación del personal especializado, por falta de recursos, o la ausencia de leyes secundarias o reglamentos, dejando a la Administración pública sin los medios jurídicos y prácticos necesarios para cumplir con la legislación general o las normas internacionales.

20. En el Ecuador, frente a estas ausencias, en materia de justicia los pueblos indígenas han avanzado por su cuenta, a través de sus propias instancias familiares, los cabildos tradicionales y las asambleas comunitarias. Sin embargo, se presentan casos de conflictos de competencia entre la justicia ordinaria y la jurisdicción indígena, que son dirimidos por la Corte Superior de Justicia. Casos típicos de inconsistencia entre la legislación indígena y diversas leyes sectoriales (sobre minas, aguas, pesca, bosques, etc.), cuya aplicación puede perjudicar los derechos de las comunidades indígenas, se dan por ejemplo en Chile y en Filipinas. Es el caso de la comunidad diaguita de Huasco Alto en Chile, que se encuentra amenazada en sus derechos territoriales por un proyecto de explotación minera que contempla la remoción de glaciares que alimentan las aguas

del río que utilizan para sus actividades agrícolas. En cambio, debe valorarse un fallo de la Corte Suprema (2005) en favor de la comunidad indígena atacameña de Toconce, que reconoce los derechos de aguas ancestrales de esta comunidad desestimando las pretensiones de una empresa privada.

Legislación y jurisprudencia

21. En ocasiones, las nuevas leyes sobre temas indígenas tienen el efecto de limitar los reclamos indígenas en vez de promover sus derechos. La Federación de Rusia ha adoptado recientemente nuevas leyes sobre la preservación y promoción de los derechos culturales de los pequeños pueblos del Norte ruso, Siberia y el lejano oriente, pero no prestó la misma atención a los derechos de los indígenas sobre la tierra y los recursos naturales, que son los principales problemas de estos pueblos. En Rusia también las leyes establecen regímenes autonómicos para los pueblos indígenas, pero estos han tenido que enfrentar la resistencia de algunos gobiernos locales y regionales, por lo que su implementación efectiva no se ha materializado.

22. También se han visto en años recientes algunas enmiendas a leyes existentes que de hecho limitan los derechos indígenas, a veces en nombre del interés general. El Native Title Amendment Act 1998 en Australia extingue el título aborígen a la tierra y limita el derecho de los aborígenes a negociar ciertos usos de la tierra en el futuro. El Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial ha expresado su preocupación sobre esta Ley en varias ocasiones. En Nueva Zelandia la reciente Ley sobre áreas costeras (2004) declara propiedad del Estado estas zonas tradicionalmente pertenecientes a los indígenas maori, limitando así sus derechos ancestrales (véase E/CN.4/2006/78/Add.3).

23. En algunas ocasiones se han dado enmiendas a leyes sobre derechos indígenas que niegan los avances anteriores. En 2004 una enmienda a una ley federal en Rusia limitaba derechos indígenas que habían sido legislados sólo cuatro años antes. Son retirados los servicios sociales gratuitos para los indígenas, que habían sido garantizados anteriormente, y en una enmienda a otra ley sobre las comunas a nivel local el Estado retira su apoyo económico y limita las facultades de toma de decisiones a nivel local.

24. La Ley de tierras de Camboya mantiene una actitud paternalista al conceder derechos a los indígenas en vez de reconocerlos. En Taiwán la reforma constitucional en 2000 reafirma la política del pluralismo cultural y compromete al Estado a preservar y fomentar el desarrollo de las lenguas y culturas indígenas y promover la participación política de los aborígenes. Se considera la posibilidad de establecer áreas autónomas para los 12 pueblos indígenas reconocidos.

25. En algunos países se han establecido instituciones públicas para revisar la legislación indígena y su implementación, como por ejemplo la Comisión Nacional de Pueblos Indígenas en Filipinas, y la Comisión de Minorías Étnicas en Vietnam. Con frecuencia se afirma que dichas instituciones no son representativas de sus comunidades y pueblos y se componen más bien de funcionarios gubernamentales. En Filipinas a estos los nombra la presidencia; en Australia la Comisión de Aborígenes e Isleños del Estrecho de Torres fue abolida y sustituida en 2004 por el Consejo Nacional Indígena, un organismo consultivo nombrado por el Gobierno.

Problemas de la Administración pública

26. Uno de los obstáculos principales a la implementación de la legislación en materia de derechos indígenas se debe precisamente a las estructuras institucionales de la Administración pública, en la cual impera con frecuencia la inercia burocrática, la rigidez de la práctica reglamentaria, la ausencia de flexibilidad y creatividad, el autoritarismo vertical en la toma de decisiones y la falta de participación de la población. A esto pueden agregarse las dificultades para instaurar mecanismos eficientes de rendición de cuentas y de evaluación de resultados, e incluso diversas expresiones de corrupción. Lo anterior no es un juicio a tal o cual gobierno, sino refleja las quejas y las denuncias que el Relator Especial ha recibido de múltiples fuentes indígenas y que expresan los problemas de adecuación de las diversas instancias de la Administración pública a los requerimientos de la legislación internacional y nacional en materia de derechos indígenas.

27. La Constitución de Venezuela (1999) crea varios organismos públicos encargados de promover y garantizar de manera efectiva los derechos de los pueblos indígenas, como son el derecho a las tierras colectivas, la jurisdicción especial indígena en la administración de justicia y el derecho de participación política y consulta de los pueblos indígenas. Sin embargo, aún no ha sido aprobada la Ley Orgánica de Pueblos y Comunidades Indígenas que debería reglamentar los logros conseguidos en la Constitución. Hasta el momento son las cortes de justicia las que están dando fuerza material a estos logros a través de algunas decisiones significativas.

28. La constitución del Ecuador reconoce la multiétnicidad y pluriculturalidad del Estado, así como el pluralismo jurídico, los derechos colectivos incluidos la cultura, el idioma, el territorio, formas organizativas, autoridades propias y la administración de justicia indígena. Hasta la fecha no se adoptado la ley orgánica necesaria que reglamente el disfrute y límite de la práctica de estos derechos.

29. La Ley Indígena de Chile reconoce diversos derechos a los indígenas. En 1991 y en 2005 el Ejecutivo envió al Congreso Nacional para su análisis un proyecto de reforma constitucional relativo a los pueblos indígenas que no ha sido aprobados hasta la fecha. Por otro lado, la Ley Indígena estableció la Corporación Nacional de Desarrollo Indígena (CONADI), en la cual al principio participaban representantes indígenas elegidos por los pueblos indígenas, pero actualmente sus miembros son nombrados por el Gobierno. Se creó el Fondo de Tierras y Aguas Indígenas para la compra de predios vía subsidio o en casos de conflicto. En materia de derechos culturales, la Ley contempla el desarrollo de un sistema de educación intercultural bilingüe en zonas de alta densidad indígena. Se reportan retrasos y obstáculos en estas dos áreas que han limitado la efectividad de la ley (véase E/CN.4/2004/80/Add.3).

30. En Bolivia la Constitución política reconoce el carácter multiétnico y pluricultural del país. Además se reconocen, respetan y protegen los derechos sociales, económicos y culturales de los pueblos indígenas, especialmente los relativos a sus tierras comunitarias de origen, así como las funciones administrativas y de justicia de las comunidades indígenas. Sin embargo, se considera que muchos de estos derechos sólo han tenido efectos en el plano formal normativo y no han tenido los impactos esperados en las comunidades y pueblos indígenas.

31. En Colombia, la Constitución política de 1991 reconoce los resguardos tradicionales de los pueblos indígenas y el respeto a sus culturas, lenguas y tradiciones, y la ley ordena dotar de

tierras a los resguardos. También se establece la jurisdicción especial indígena que reconoce el derecho indígena y coexiste con la jurisdicción ordinaria del derecho positivo. La Corte Constitucional ha tenido que dirimir inconsistencias entre las dos jurisdicciones (véase E/CN.4/2005/88/Add.2).

32. En otros países de la región también ha habido avances legislativos. En Guatemala la Constitución reconoce las costumbres, organización social e idiomas de los grupos indígenas mayas. También reconoce sus formas de tenencia comunal o colectiva de la tierra. Pero la ley orgánica que debería de articular este conjunto de previsiones no ha sido adoptada hasta la fecha. El acuerdo de paz sobre derechos y cultura indígenas firmado en 1995 debió haber sido llevado a estatuto constitucional, pero no fue aprobado en el referéndum de 1999 por lo que su implementación se ha suspendido, con consecuencias desfavorables para los derechos de los pueblos indígenas guatemaltecos (véase E/CN.4/2003/90/Add.2).

33. Especialmente compleja es la problemática que surge cuando distintas disposiciones legales relativas a los pueblos indígenas no han sido suficientemente bien interpretadas por distintas instancias del Estado o cuando los principios constitucionales de protección de los derechos humanos van siendo progresivamente diluidos a través de las normas legales subsidiarias. Un caso ilustrativo de este dilema se ha venido dando en el Perú, en donde el Decreto Ley N.º 22175 rige las reservas territoriales de los pueblos indígenas “en aislamiento voluntario o contacto inicial”. De las cinco reservas territoriales existentes, todas han sido delimitadas pero se superponen con concesiones mineras, de hidrocarburos o forestales que vulneran diversos derechos individuales o colectivos de los pueblos indígenas. El Estado no ha definido aún la política, el marco jurídico ni la institucionalidad necesaria para la protección de los derechos de las comunidades indígenas de la Amazonía peruana. Se ha podido constatar el daño producido a estos pueblos por diversos agentes sociales y económicos que entran en contacto permanente con ellos.

34. En 2005 la preocupante situación de los pueblos indígenas de la Amazonía peruana, afectados también por un gasoducto que atraviesa su región, condujo a la creación de una Comisión Especial que elaboró un proyecto de ley de protección de los pueblos indígenas en aislamiento voluntario o contacto inicial. Pero el Congreso dictaminó un proyecto de ley distinto que limita y desarticula el régimen especial de protección de estos pueblos propuesto por la Comisión Especial. En caso de ser aprobada, esta ley dejaría desprotegidas a las comunidades indígenas de estas reservas.

35. En México está aún pendiente la implementación de las disposiciones de la reforma constitucional en materia indígena adoptada en 2001, la cual no satisfizo las demandas de los pueblos indígenas ni se atuvo a los compromisos gubernamentales acordados en las negociaciones de paz en 1996 (véase E/CN.4/2004/80/Add.2). Si bien varios Estados de la República adoptaron posteriormente sus propias reformas legislativas en materia indígena, la implementación de las mismas no ha tenido aún resultados prácticos significativos para los pueblos indígenas. El Relator Especial recomendó en su informe que se reabriera a nivel nacional el debate sobre la reforma constitucional en la materia.

36. Uno de los temas más importantes que requiere de atención sostenida es el papel de los tribunales en la interpretación y aplicación de la legislación nacional y las normas internacionales de derechos humanos en cuestiones relativas a los derechos humanos de los

pueblos indígenas. Se han hecho importantes avances en algunos países tales como Canadá, Colombia y Venezuela. Pero en otros parece estancarse la jurisprudencia en materia de derechos indígenas. Hace falta una mayor y constante capacitación de los jueces y otros operadores de justicia en esta materia. Es importante desarrollar mecanismos para el reconocimiento en la práctica del pluralismo jurídico, es decir, la coexistencia del derecho positivo y el derecho indígena. En los países basados en el derecho común de origen inglés, en donde la jurisprudencia se elabora caso por caso, en algunas instancias se han producido sentencias y decisiones muy favorables a las comunidades indígenas, pero en otros en cambio se mantienen actitudes discriminatorias (por ejemplo en Estados Unidos, Canadá, Australia y Nueva Zelandia).

37. Existen con frecuencia dificultades para el reconocimiento efectivo del derecho indígena, incluso en aquellos países donde el pluralismo jurídico se reconoce oficialmente. Se reportan casos en que decisiones ya tomadas por las autoridades indígenas han sido desechadas por los tribunales nacionales. Aún cuando las cortes se pronuncian a favor de los derechos de alguna comunidad indígena, es posible que las autoridades ejecutivas y legislativas no toman las medidas necesarias para implementar o reforzar estos avances, obligando a los interesados a acudir nuevamente a los tribunales, con gasto considerable de recursos y tiempo de los cuales con frecuencia no disponen.

38. En la provincia canadiense de British Columbia, el Gobierno no quiso reconocer los títulos aborígenes a la tierra. Los tribunales dictaminaron, sin embargo, que estos títulos originarios no habían sido extinguidos. Después de varios años de negociación fue adoptada una ley sobre la materia, Treaty Commission Act. Uno de los grupos indígenas involucrados se queja que British Columbia no está negociando de buena fe al imponer diversos obstáculos al ejercicio de los derechos de esta comunidad y reconocer solamente el 8% del territorio tradicional reclamado. La comunidad se queja de la poca efectividad de las negociaciones para resarcir las violaciones cometidas contra ella con anterioridad.

39. También se observan importantes obstáculos en casos donde a pesar de haberse producido un pronunciamiento favorable por parte de las cortes de justicia en a favor de los derechos de alguna comunidad, tribu o pueblo indígena, las autoridades ejecutivas y legislativas no toman las medidas necesarias para implementar o reforzar estos avances, obligando a los interesados a acudir nuevamente a los tribunales, con gasto considerable de recursos y tiempo de los cuales con frecuencia no disponen.

40. Los importantes cambios constitucionales no han sido seguidos de una necesaria adecuación del derecho penal. En Moyabamba (Perú), miembros de las rondas campesinas (grupos comunitarios organizados para prevenir el delito y mantener el orden en las comunidades indígenas) fueron encarceladas por un tribunal bajo el cargo de secuestro y usurpación de funciones, porque habían detenido, en cumplimiento de sus competencias reconocidas, a cuatro personas acusadas de delitos mayores. Pero luego fueron absueltos por la Corte Suprema de Justicia, que reconoció la jurisdicción especial establecida en la Constitución. A más de una década de la reforma constitucional de 1993 la Corte Suprema abre paso a lo que puede ser el inicio de una jurisprudencia pluralista en el país. Algunos críticos acusan a las rondas campesinas de violaciones a los derechos humanos, pero estos casos ilustran la falta de mecanismos procesales interculturales para resolver presuntos excesos o posibles violaciones de derechos individuales por la jurisdicción especial indígena, comunal o rondera.

41. En el Estado de Guerrero (México), las comunidades indígenas crearon su propia policía comunitaria que ha tenido que enfrentar problemas semejantes a las rondas peruanas, pero a diferencia de estas la policía comunitaria no ha sido formalmente reconocida en la ley. Sin embargo, fundamenta su quehacer en la Constitución política federal y en el Convenio n.º 169 de la OIT. En algunas comunidades indígenas autónomas de Chiapas operan mecanismos semejantes, estableciendo una jurisdicción especial de facto, aunque esta no sea aún reconocida en las leyes nacionales (véase E/CN.4/2004/80/Add.2).

42. En Colombia la Corte Constitucional ha interpretado constructivamente la Constitución en materia de derechos indígenas. A lo largo de los últimos años la Corte ha dictado numerosas sentencias favorables a los derechos de los pueblos indígenas, contribuyendo así a consolidar la ideal del pluralismo jurídico y a consolidar la jurisdicción especial de los pueblos indígenas.

43. En la Tierra Indígena Raposa Serra do Sol en Brasil, que ha sido demarcada y registrada para sus pueblos indígenas después de muchos años de negociaciones y trámites, siguen dándose actos contrarios a los derechos de estas comunidades, tales como el fomento de la inmigración de gente de otras partes, concesiones de áreas a empresas mineras, asentamientos urbanos y colonización agrícola, así como proyectos de obras hidroeléctricas y una base militar. Aunque el Ministerio de Justicia dio posesión definitiva a los indígenas, los casos contenciosos siguen ventilándose ante el Tribunal Superior de Justicia en perjuicio de los derechos de estos pueblos.

44. En algunos países las luchas sociales, los reclamos y las protestas de las organizaciones indígenas han sido enfrentadas a veces por el Estado mediante la aplicación de leyes antiterroristas. El Relator Especial considera que cuando existen delitos del orden común cometidos en el marco de estos movimientos, las leyes ordinarias son adecuadas para mantener el orden público. Considera que el uso de leyes excepcionales no solamente resulta contraproducente sino que conforma un cuadro de violación de los derechos humanos. El Relator Especial recomienda en los casos que le ha tocado verificar que estas leyes no sean utilizadas para criminalizar la protesta social y la lucha de los pueblos indígenas y que, de preferencia, sean derogadas. El Relator Especial ha visto con satisfacción que en Chile los líderes mapuche inculpados de asociación ilícita terrorista, acusación por la que habían sido llevados a juicio a mediados de 2005, fueron absueltos (véase E/CN.4/2006/78/Add.1).

45. En los países de Asia que tienen legislación sobre pueblos indígenas no todas las leyes han sido plenamente implementadas. El conflicto entre leyes con frecuencia resulta en el descuido de los derechos indígenas. Un sistema dual de derechos a la tierra para indígenas y no indígenas conduce a la confusión, lo cual a su vez da lugar a más abusos contra indígenas. Por ejemplo aunque un reglamento de la tierra da prioridad a los que poseen derechos consuetudinarios, en la práctica sus solicitudes son ignoradas con frecuencia dándose preferencia a otras personas o empresas..

46. Para promover ampliamente la protección y promoción de los derechos de los pueblos indígenas, en algunos países se ha establecido la institución del “ombudsman” indígena o su equivalente. O cuando menos en la oficina del ombudsman nacional (cuando este existe) o su equivalente (comisiones, defensorías, procuradores de derechos humanos) hay algún departamento u oficina dedicado a los problemas de las pueblos indígenas. Según las informaciones recibidas por el Relator Especial con frecuencia estas instancias no disponen de recursos económicos y humanos suficientes para atender toda la problemática de su área viendo

su capacidad de respuesta disminuida. Además de que en el conjunto nacional de un sistema de defensoría pública de los derechos humanos generalmente ocupan un lugar de segunda importancia.

47. Un estudio comparativo del Instituto Interamericano de Derechos Humanos indica que estas instancias realizan por lo común actividades de investigación, mediación, procuración y educación. A veces proponen iniciativas legislativas. Por lo general adolecen de fragilidad institucional, no son plenamente independientes, carecen de presupuesto suficiente, con frecuencia su mandato no está jurídicamente fundamentado, no tienen presencia física en áreas indígenas, no pueden investigar violaciones cometidas por particulares, carecen de personal capacitado, no mantienen relaciones adecuadas con las organizaciones indígenas, deficiente ejercicio de las funciones defensoriales. El estudio recomienda el reforzamiento institucional y jurídico, independencia y respaldo ciudadano, presupuesto estable y autónomo, facultades para investigar violaciones cometidas por particulares, mayores funciones de fiscalización, instancias especiales para la protección de los pueblos indígenas, suficientes recursos financieros, ampliación de su cobertura geográfica a regiones indígenas, incorporación de personal indígena, fortalecimiento de la investigación, de la iniciativa legislativa, y de las funciones de procuración, apoyo al derecho consuetudinario y acceso a la justicia, y articulación con movimientos indígenas.

48. Uno de los temas recurrentes en las conversaciones que el Relator Especial ha mantenido con múltiples comunidades y organizaciones indígenas se refiere a los insuficientes mecanismos de consulta y participación disponibles para ellos. Así, en numerosos casos de decisiones tomadas por los gobiernos para emprender proyectos de desarrollo, explorar o explotar recursos naturales, modificar legislaciones existentes o aplicar medidas administrativas diversas, las comunidades indígenas afectadas directa o indirectamente se quejan con frecuencia que no son tomadas en cuenta y que sus derechos son ignorados o relegados. Cuando existen mecanismos de consulta estos son considerados como insuficientemente participativos y transparentes o ineficaces en cuanto a los resultados obtenidos.

49. Igualmente hay numerosas quejas referidas a la ausencia, insuficiencia o ineficiencia de adecuados mecanismos de evaluación y monitoreo de la aplicación de las normas nacionales e internacionales de derechos humanos en la puesta en práctica de programas y proyectos de desarrollo o de legislaciones que directa o indirectamente afectan a los pueblos indígenas, sus tierras, territorios, recursos o medio ambiente, sus lugares sagrados y su ambiente cultural.

50. A este respecto se han señalado con frecuencia las violaciones de los derechos humanos cometidas algunas veces por empresas transnacionales que operan en regiones indígenas. El Relator Especial se ha ocupado de algunos casos en sus diversos informes a esta Comisión. No sólo es procedente que estas empresas cumplan escrupulosamente con las normas nacionales e internacionales en la materia, sino que sería importante que pudiera elaborarse un código de conducta internacional al que tendrían que sujetarse dichas empresas cuando operan en regiones indígenas.

La protección ofrecida por el sistema internacional

51. Los indígenas han acudido de manera creciente a los mecanismos de protección del sistema internacional para reclamar sus derechos. Se establece así un nuevo círculo de buenas prácticas

que vinculan a los pueblos indígenas, los Estados y los mecanismos internacionales, pero no siempre se obtienen resultados satisfactorios. El Relator Especial ha revisado varios de estos mecanismos y ofrece a continuación algunos casos y resultados significativos.

52. El Comité de Derechos Humanos se ha ocupado en diversas ocasiones de problemas que aquejan a los pueblos indígenas, indicando que el derecho a la libre determinación de los pueblos, en el artículo 1 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, protege el derecho de los pueblos indígenas a sus tierras y recursos tradicionales y que la extinción unilateral de estos derechos constituye una violación del mencionado artículo. Con respecto al artículo 27 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el Comité se ha ocupado de casos en los Estados Unidos y el Canadá, y en Tahití (Francia). También el Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial se ha expresado sobre los derechos de los pueblos indígenas vulnerados por acciones unilaterales de los Estados Unidos (caso de los Western Shoshone), así como los derechos de los maori vulnerados por una legislación reciente en Nueva Zelanda (véase E/CN.4/2006/78/Add.3).

53. EL Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial, en sus observaciones finales sobre los informes periódicos 16.º, 17.º y 18.º presentados por la Argentina, expresa su preocupación por que la Argentina no haya promulgado las leyes necesarias para aplicar el Convenio n.º 169 de la OIT. A la luz de su Recomendación general N.º XXIII, el Comité insta al Estado Parte a que aplique plenamente este Convenio y adopte, entre otras cosas, una política general de tenencia de la tierra y procedimientos jurídicos efectivos para reconocer los títulos de propiedad de la tierra de los pueblos indígenas y demarcar sus territorios. El Comité también lamenta que, a pesar de los esfuerzos del Estado Parte, no se respete plenamente en la práctica el derecho reconocido por la Constitución a una educación bilingüe e intercultural para los pueblos indígenas (véase CERD/C/65/CO/1).

54. A su vez, el Comité de los Derechos del Niño expresa su preocupación por el poco acceso a la educación de los niños indígenas y la escasa pertinencia de los programas actuales de educación bilingüe que están a su disposición en el Perú. Anteriormente el Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial, en 1999, había señalado su preocupación por la información según la cual los indígenas del Perú que sólo hablan su propio idioma no pueden disponer de intérpretes y los textos legislativos no se traducen a las lenguas indígenas.

55. En 2003 el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales expresó su preocupación por diversas violaciones de los derechos humanos de los pueblos indígenas en Guatemala y por la falta de progreso hacia la efectiva implementación de los Acuerdos de Paz de 1996, lo que ha conducido a problemas sociales persistentes tales como la violencia a nivel nacional, la intimidación, la corrupción, la impunidad y la ausencia de las reformas constitucional, fiscal, educativa y agraria (véase E/C.12/1/Add.93). En términos semejantes se pronunció el Comité de Derechos Humanos en 2001 (véase CCPR/CO/72/GTM). Por su parte, el Comité contra la Tortura señalaba en 2000 la discriminación racial a los indígenas en las prisiones y se lamentaba que no se estaba cumpliendo con sus recomendaciones en cuanto a la real situación de las mujeres indígenas, lo cual revelaba la necesidad de que el Gobierno revisara sus acciones y las mejorara en favor de las mujeres guatemaltecas. Estos temas fueron oportunamente señalados por el Relator Especial en su informe de misión a Guatemala (E/CN.4/2003/90/Add.2).

56. En los temas mencionados así como en el de la consulta previa e informada, no puede subestimarse la importancia del Convenio n.º 169 de la OIT, que es reconocido cada vez más como una norma internacional ineludible para la protección y promoción de los derechos de estos pueblos, y debe subrayarse, en particular su óptica participativa. Además, las provisiones de este Convenio son un excelente instrumento de diálogo que debe aprovecharse en este contexto.

57. La Comisión de Expertos de la OIT puede recibir comunicaciones de los pueblos indígenas a través de organizaciones de empleadores y de trabajadores así como memorias de los gobiernos en torno a situaciones específicas relacionadas con el cumplimiento de las obligaciones asumidas por el Estado en el marco del Convenio. Si bien este Convenio ha sido ratificado hasta la fecha solamente por 17 Estados Miembros, tiene una decisiva influencia regional puesto que ha sido ratificado por casi todos los países de América Latina, es utilizado como marco para las actividades de cooperación de países donantes y ejerce una influencia como modelo en Asia y más recientemente en África. Paralelamente al procedimiento ante la Comisión de Expertos, existe un procedimiento de reclamaciones ante el Consejo de Administración de la OIT en virtud del cual ya se han presentado numerosas reclamaciones. Los pueblos indígenas demuestran una actitud sumamente participativa en estos mecanismos, lo cual testimonia de la necesidad de contar con instancias internacionales de control y de la actualidad de los temas regulados en el Convenio.

58. Con respecto a la Argentina, se informa de que existen numerosos problemas para el reconocimiento de los pueblos indígenas relacionados principalmente con los largos y complicados procedimientos para la obtención de la personería jurídica. Esta es esencial para que los pueblos puedan defender sus derechos en tribunales o ante la Administración pública. Sobre 850 comunidades indígenas, sólo el 15 por ciento estarían reconocidas ante el Instituto Nacional del Indígena (INAI). Se informa de que las personerías jurídicas otorgadas en ámbitos provinciales no tienen valor en el ámbito nacional, a no ser que haya convenios especiales, y sólo 4 provincias sobre 20 con pueblos indígenas habrían acordado estos convenios. También se denuncia la ausencia de consulta a los pueblos indígenas de acuerdo con la reforma constitucional de 1994. El Gobierno argentino asegura en su memoria que debe adecuarse la legislación a la realidad jurídica establecida por la reforma constitucional de 1994 en relación con la regulación de los derechos de propiedad sobre tierras cuando se trata de comunidades indígenas. Otro problema de actualidad son los conflictos por la tierra y la inadecuación entre la regulación del Código Civil de los derechos de propiedad y los derechos enunciados en el Convenio.

59. La Comisión de Expertos examinó una denuncia de la comunidad indígena de Olmos (Perú), quejándose del despojo indebido de tierras ancestrales, que el Gobierno consideró como propiedad del Estado, para llevar a cabo un proyecto hidroeléctrico sin compensación alguna a la comunidad indígena referida. La Comisión decidió que el Convenio protege las tierras que tradicionalmente ocupan los indígenas, e invitó al Gobierno a adoptar las medidas adecuadas para que la comunidad pudiera ejercer efectivamente sus derechos sobre las tierras mencionadas. Este caso manifiesta también la inadecuación entre los derechos de la tierra protegidos por el Convenio y el sistema de propiedad contemplado por el Código Civil y en la legislación derivada del mismo. En otra instancia, referida a las tierras de una comunidad indígena costera, la Comisión señaló que una ley nacional era inconsistente con el Convenio n.º 169 al violentar la

autonomía de las comunidades y obligar a la fragmentación de sus tierras en propiedades individuales.

60. La experiencia de la OIT con los pueblos indígenas y tribales demuestra que cuando las tierras indígenas de tenencia común se dividen y asignan a particulares o terceros, el ejercicio de los derechos de las comunidades indígenas tiende a debilitarse y, por lo general, éstas acaban perdiendo todas las tierras o gran parte de ellas con la consiguiente reducción general de los recursos de que disponen los pueblos indígenas cuando conservan sus tierras en comunidad.

61. En Guatemala se han logrado avances sustantivos en la adopción de una plataforma legal que permite en teoría el reconocimiento e institucionalización de la participación y la consulta de los pueblos indígenas. Fueron reformadas la Ley de Consejos de Desarrollo Urbano Rural, el Código Municipal, la Ley de Idiomas Nacionales y la Ley sobre la Discriminación. También se señala la formación de una Comisión de Asuntos Indígenas en la Corte Suprema, el establecimiento de la Comisión Presidencial contra la Discriminación y el Racismo contra los Pueblos Indígenas en Guatemala, la Defensoría de los Pueblos Indígenas en la Procuraduría de los Derechos Humanos, así como otras unidades en la Administración pública y asignaciones presupuestales para instituciones dedicadas a la defensa de los derechos de los pueblos indígenas.

62. Sin embargo, el Gobierno señala que las medidas tomadas no han sido hasta ahora suficientes para eliminar la desigualdad, marginalización y exclusión de los pueblos indígenas. También indica el Gobierno que si bien los grupos de poder justifican la adopción de medidas para eliminar el racismo y la exclusión sobre el supuesto principio de la igualdad, ésta no se traduce en leyes ni en la práctica. La Comisión tomó nota de que aún no existe un mecanismo de consulta con los pueblos indígenas pero el Gobierno ha manifestado su voluntad de implementarlo y *el Relator Especial considera de especial importancia el apoyo al Gobierno y organizaciones indígenas para que esto se lleve a cabo*. El Consejo de Organizaciones Mayas de Guatemala señala que una de las razones por las cuales no se toman debidamente en cuenta a los pueblos indígenas en la formulación y aprobación de legislación y ejecución de políticas gubernamentales que les afectan es la baja representatividad de indígenas en el organismo legislativo con un 12% en el período 2000-2004 y un 8% en el período 2004-2008, ausencia que se registra también en todas las instituciones del Estado y de la sociedad en general.

63. Aunque el Gobierno del Brasil indica que más del 70% de las tierras indígenas reconocidas están demarcadas y homologadas, la Comisión de Expertos pide mayores informaciones sobre los procesos de demarcación pendientes y recuerda que la Organización de Estados Americanos ha señalado que el decreto 1775/1996 del Gobierno brasileño dificulta y alarga los trámites de legalización de las tierras indígenas.

64. Se expresa preocupación por la información proporcionada por la Fundación Nacional do Indio (FUNAI), organismo gubernamental brasileño, según la cual la demarcación de las tierras indígenas no ha impedido los procesos de expansión agropecuarios, mineros, forestales, viales, hidroeléctricos y de otra índole que se han venido verificando en los últimos años afectando la integridad de las tierras indígenas así como el derecho al usufructo exclusivo de las riquezas del suelo, ríos y lagos que hay en ellas. FUNAI afirma que el 85% de las tierras indígenas - incluyendo las que son demarcadas y inscritas en los registros - son objeto de los más diversos tipos de violaciones, como la presencia de *poseeros*, *garimpeiros*, madereros, proyectos de

colonización, apertura de caminos, proyectos hidroeléctricos, líneas de transmisión, ferrovías, oleoductos, *mineroductos* y gasoductos. En la Amazonía las invasiones de tierras indígenas están generalmente motivadas por presiones sobre recursos naturales, especialmente maderas y recursos mineros y tienen por resultado la destrucción del medio ambiente, con serias consecuencias para la vida de las comunidades.

65. Según estadísticas oficiales brasileñas, en 1998 existían 7.203 procesos para el otorgamiento de títulos mineros que afectaban a 126 tierras indígenas. Con el incremento de estos procesos varias de las tierras indígenas tienen un porcentaje significativo de su subsuelo requerido. La mayor parte de estos títulos mineros irregulares había sido otorgada después de haberse finalizado los procesos de identificación y demarcación de las tierras indígenas sobre las que inciden.

66. Además, numerosos comentarios de organizaciones de trabajadores a la Comisión de Expertos y reclamaciones interpuestas ante el Consejo de Administración de la OIT versan sobre la exploración y explotación de recursos naturales (petróleo, recursos forestales, minas) -sin consulta con los pueblos indígenas o mediante procedimientos inapropiados- a fin de determinar si los intereses de esos pueblos serían perjudicados, y en qué medida, antes de emprender o autorizar cualquier programa de prospección o explotación de los recursos existentes en sus tierras, sin indemnización ni participación en los beneficios. Otros casos se refieren a proyectos de desarrollo (sin consulta o mediante procedimientos inapropiados) para evaluar la incidencia social, espiritual y cultural y sobre el medio ambiente que las actividades de desarrollo previstas puedan tener sobre esos pueblos. La Comisión ha señalado que una adecuada aplicación de los mecanismos previstos en el Convenio coadyuvaría a disminuir la tensión social, aumentar la cohesión y elaborar políticas de desarrollo incluyentes.

67. La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha fallado en varias ocasiones a favor de las comunidades indígenas al amparo de la Convención Americana sobre Derechos Humanos “Pacto de San José de Costa Rica”, por ejemplo en casos en Nicaragua, Belice, Estados Unidos, Paraguay y Suriname. Sin embargo, los Estados involucrados no siempre cumplen con sus obligaciones y estas opiniones y fallos quedan algunas veces sin efecto, lo cual es grave para la protección de los derechos humanos de los pueblos indígenas.

68. Un caso emblemático es el de la *Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni c. Nicaragua* (2001). La sentencia de la Corte concluye que el Gobierno de Nicaragua violó los derechos de la comunidad indígena al otorgar una concesión para explotación forestal dentro de su territorio tradicional sin el consentimiento de ésta y sin atender a sus demandas de titulación de su territorio ancestral. Hasta esta fecha, el Gobierno de Nicaragua no ha emprendido acciones mínimamente suficientes para dar cumplimiento a la sentencia y resolución de medidas provisionales dictadas por la Corte. Cuatro años después de esta sentencia y casi tres años de haber expirado el plazo de 15 meses dado por este tribunal, las tierras de la Comunidad Awas Tingni no han sido demarcadas ni tituladas, lo cual ha resultado en una violación continuada de los derechos de propiedad reconocidos por la Corte y otros instrumentos y organismos internacionales de derechos humanos. Como resultado de este incumplimiento, la situación de la comunidad ha empeorado drásticamente a tal punto que la ésta se encuentra en una situación mucho más delicada en cuanto al disfrute de sus derechos humanos que cuando empezó el caso ante el sistema internacional, poniendo serias dudas sobre la eficacia de este sistema para generar cambios en las normas y políticas de los Estados en relación con los pueblos indígenas.

69. Desde 2003 existe un conflicto entre la comunidad kichwa de Sarayaku y el Gobierno ecuatoriano por las actividades de una empresa petrolera transnacional en su territorio. Después de agotar los recursos jurídicos internos, Sarayaku presentó una demanda a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, que pidió al Estado medidas cautelares a favor de Sarayaku. Ante la falta de respuesta del Estado, el caso pasó a la Corte Interamericana de Derechos Humanos. En junio de 2005 la Corte pidió al Estado por segunda ocasión que tomase medidas provisionales a favor de la comunidad indígena y que informase oportunamente sobre su cumplimiento (proteger la vida y seguridad de las personas, asegurar libre tránsito por el río, eliminar el peligro de explosivos sembrados en la comunidad, hacer que disminuya la violencia en la región, etc.). En octubre de 2005 la Comisión Interamericana de Derechos Humanos convocó una nueva audiencia para escuchar a las partes en conflicto.

70. En junio de 2005 la Corte Interamericana de Derechos Humanos dictó sentencia en el caso de la comunidad indígena Yakye Axa de Paraguay, en torno a una reivindicación territorial que la comunidad había presentado desde 1993. La Corte resolvió que el Estado había violado el derecho a la vida y a la propiedad de la comunidad Yakye Axa y ordenó al Estado entregar la tierra reclamada en forma gratuita, proveer a la comunidad de los servicios básicos necesarios y fomentar su desarrollo, y adoptar las medidas legislativas, administrativas y de cualquier otro carácter que sean necesarias para garantizar el efectivo goce del derecho a la propiedad de los miembros de los pueblos indígenas.

71. Como demuestran los casos indicados, el sistema regional interamericano de derechos humanos ha incursionado de manera progresiva en el campo de los derechos indígenas en años recientes y con sus resoluciones y sentencias ha desarrollado una importante jurisprudencia orientada a proteger estos derechos al amparo de la legislación internacional en la materia. Aunque la actividad del sistema en este campo es reciente, el Relator Especial considera que sus contribuciones forman parte, más allá de su ámbito regional, del emergente derecho internacional de los derechos humanos y por lo tanto pueden tener relevancia también en otras regiones. A este respecto resulta significativa la petición del Consejo Circumpolar Inuit a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (diciembre de 2005) buscando remedio a la persistente violación de los derechos humanos de los inuit de la región ártica por el creciente calentamiento global del cual hace responsable principalmente a los Estados Unidos por sus políticas ambientales.

72. Ya de por sí las resoluciones de la Corte constituyen una reivindicación de los derechos de los pueblos indígenas. Sin embargo, estos logros no son suficientes si los Estados objeto de dichas resoluciones incumplen las sentencias total o parcialmente. Falta aún que el sistema interamericano de derechos humanos –como el sistema internacional en su conjunto– encuentre la forma de hacer obligatorias sus resoluciones y logre establecer mecanismos de sanciones a los Estados que persisten en ignorarlas.

73. Para los pueblos indígenas poder acudir a las comisiones, comités y tribunales internacionales con el objeto de defender sus derechos ha sido una experiencia relativamente nueva y reciente. Es preciso ampliar y fortalecer esta vía de protección y poner en práctica mecanismos que permitan consolidar las acciones de las organizaciones indígenas y de derechos humanos en el sistema internacional de protección.

74. La Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos se viene interesando cada vez más en la situación de los pueblos indígenas del continente africano. Un amplio estudio sobre la cuestión adoptado por la Comisión en 2005 indica los principales problemas de los pueblos indígenas de la región. Entre otros temas, el Relator Especial quisiera subrayar los siguientes puntos del mencionado estudio.

75. Los pueblos indígenas de África se componen principalmente de pastores y cazadores-recolectores en distintas regiones del continente que vienen habitando desde tiempos inmemoriales. En décadas recientes han sido víctimas de un proceso de pérdida de sus tierras y recursos. La Comisión señala que algunos de estos pueblos, como los hadzabe y los batwa, están en peligro de extinción. El despojo de sus tierras y recursos pone en peligro la supervivencia económica, social y cultural de estas comunidades. Por lo general son víctimas de distintas formas de discriminación en los países en que viven. No tienen acceso igualitario a la justicia con el resto de la población. También sufren de altos niveles de pobreza y bajos niveles de desarrollo social (educación, salud, vivienda, servicios sociales). Lo anterior conforma un cuadro ampliamente documentado de violaciones a los derechos humanos de los pueblos indígenas en África y contraviene, según la Comisión, las disposiciones de la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos.

76. Por lo general, los Estados africanos niegan la existencia de pueblos indígenas, que no tienen reconocimiento constitucional, y no existen más que algunas pocas legislaciones que toman en cuenta a estos pueblos. La falta de reconocimiento constitucional y legislativo y el modelo de desarrollo adoptado por casi todos los países de la región implican la asimilación de los pueblos indígenas y la negación de su especificidad lingüística y cultural. Se consideran generalmente como poblaciones marginadas y alejadas que son merecedoras de atención especial por parte de los gobiernos pero no de derechos humanos específicos. La Comisión considera que mientras los gobiernos africanos no tomen la responsabilidad de asegurar que todos sus ciudadanos tengan acceso a un desarrollo apropiado, los pueblos indígenas seguirán estando en los niveles más bajos de la población.

77. Un caso que ha causado particular preocupación a la Comisión Africana y otros organismos internacionales es la situación de los basarwa en Botswana. La delegación de la Comisión que visitó el país en 2005 informa que el Gobierno de Botswana decidió reubicar a los habitantes de la reserva animal del Kalahari Central (un pequeño grupo de cazadores y recolectores basarwa que han vivido en la zona por miles de años). En respuesta a este hecho, se formó una coalición de organizaciones basarwa y de derechos humanos que establecieron un equipo de negociación para discutir con el Gobierno sobre el futuro de la población de la reserva. Cuando fracasaron las primeras negociaciones, los basarwa demandaron al Gobierno ante los tribunales en 2002 para afirmar sus derechos a seguir viviendo en la reserva. El juicio aún sigue y las negociaciones no se han reanudado. Mientras tanto, la población ha sido expulsada de la reserva, después de que les fueron cortados todos los suministros y servicios, y fue reubicada en algunos campamentos limítrofes. El Gobierno también presentó una enmienda a la Constitución de Botswana según la cual sería eliminada una disposición constitucional que daba derecho a los basarwa a tener acceso a sus tierras tradicionales de cacería.

78. La delegación enviada al país por la Comisión Africana resume su informe destacando que los basarwa han sido desde hace tiempo víctimas de políticas de desalojo y reubicación contra su voluntad. Los desplazados no tienen acceso a la propiedad de la tierra y se emplean como

jornaleros eventuales en condiciones de gran vulnerabilidad. Los servicios prometidos por el Gobierno no les han sido suministrados. El desalojo se llevó a cabo sin previa consulta ni consentimiento de los interesados. Bajo amenazas, algunas familias decidieron reubicarse, pero otras se negaron y se quedaron en la reserva. Posteriormente, algunos volvieron a la reserva al no recibir los servicios anunciados. La delegación considera que el programa del Gobierno estuvo mal coordinado, hecho a la carrera, y que no tomó en consideración las mínimas normas internacionales. Al no disponer de ninguna representación ante el Gobierno, ni estar reconocidos como tales en las leyes, los basarwa no pueden formular adecuadamente sus quejas y reclamos.

79. Se considera por la misma fuente que el problema del desplazamiento forzado de los basarwa es un problema de política de desarrollo más que una cuestión jurídico-legal, y que requiere de una solución política, fundamentada en los derechos humanos, la cual sólo se puede dar mediante la consulta entre todos los interesados: el Gobierno, las comunidades indígenas y la sociedad civil. La delegación recomienda que el Gobierno de Botswana adopte acciones afirmativas a favor de los basarwa, y que les permita estar representados en las distintas instancias de toma de decisiones políticas; que establezca zonas comunales de conservación en la reserva para que los basarwa puedan participar en el cuidado y el manejo del ambiente y de los animales; que reciban capacitación y educación para participar en su propio desarrollo; y, finalmente, que el Gobierno ya no niegue legalmente la existencia de los basarwa como pueblo indígena sino que los reconozca como tales con sus derechos, de acuerdo a la normatividad internacional.

II. CONCLUSIONES

80. En las observaciones y análisis que anteceden se han expuesto algunos de los problemas principales de la plena implementación de las legislaciones y reformas en materia de promoción y protección de los derechos humanos de los indígenas, poniendo de manifiesto áreas en las que se necesita una intervención rápida y eficaz para poder asegurar el pleno disfrute de tales derechos.

81. Durante la última década se han dado numerosas reformas constitucionales y legislativas en muchos países en las que se reconocen los pueblos indígenas y sus diversos derechos civiles y políticos, y sobre todo, los derechos económicos, sociales y culturales. Algunas de estas legislaciones son más amplias que otras; en ciertos casos los derechos reconocidos son limitados y se subordinan a los intereses de terceros o al interés general de la nación.

82. El Relator Especial advierte dos tipos de problemas en esta situación: por una parte, existen numerosos casos en que la legislación en materia indígena es inconsistente con otras leyes. Por la otra, en la mayoría de las reformas constitucionales documentadas existe un rezago con respecto a la adopción de leyes reglamentarias y secundarias.

83. El problema principal, sin embargo, es la “brecha de la implementación,” es decir, el vacío entre la legislación existente y la práctica administrativa, jurídica y política. Este hueco entre el nivel formal y el nivel real constituye una violación de los derechos humanos de los indígenas. Cerrar el hueco, colmar la brecha, constituye un desafío y deberá plantearse como un programa de acción de derechos humanos indígenas en el futuro.

84. Una parte del problema se ubica en los propios procesos legislativos, en la composición de las legislaturas, en la escasa representación y participación de los indígenas en el quehacer legislativo, en la falta de consulta con los pueblos indígenas, en los sesgos y prejuicios contra los derechos indígenas que se encuentran entre numerosos participantes de la vida política, entre legisladores y partidos políticos de diverso signo. No se trata solo de legislar sobre cuestiones indígenas sino de hacerlo con los pueblos indígenas.

85. Por lo general no existen mecanismos adecuados para monitorear la efectividad de la legislación indígena y para evaluar su aplicación en la práctica cotidiana de la Administración pública y de la sociedad. Las comisiones ad hoc creadas por estas legislaciones son frágiles y están sujetas a los vaivenes políticos de la coyuntura. Los diversos “ombudsman” que tienen a su cargo los derechos indígenas son débiles y vulnerables y no cuentan con el apoyo político ni financiero necesario. Las organizaciones de la sociedad civil que pueden asumir la defensa de los pueblos indígenas se encuentran generalmente presionadas, cuando no amenazadas y hostigadas, y con frecuencia tienen que actuar en defensa propia.

86. Parte del mismo problema es la ausencia de una política coordinada y sistemática, con la participación de los pueblos indígenas, que de manera transversal involucre a los diferentes ministerios y órganos del Estado relacionados con cuestiones indígenas tales como ministerios de agricultura, energía, minas y recursos naturales, educación y salud, entre otros, para garantizar los derechos de los pueblos indígenas. No es suficiente la existencia de comisiones de derechos humanos o de ombudsman si los ministerios que tienen responsabilidades sobre áreas sensibles para los pueblos indígenas no actúan de manera coordinada.

87. Una de las manifestaciones más claras de la “brecha de la implementación” es la Administración pública. Salvo excepciones, por lo general el aparato burocrático del Estado reacciona lentamente ante la nueva legislación a favor de los derechos indígenas; no está funcionalmente adaptado para asumir los nuevos retos; vive una cultura administrativa que le hace difícil acoger y asumir la multiculturalidad y el derecho a la diferencia; expresa una herencia asimilacionista que rechaza el reconocimiento de los pueblos indígenas; y en su seno se manifiestan frecuentemente actitudes discriminatorias, cuando no racistas, hacia lo indígena. Esto se ha documentado ampliamente en las áreas de administración de justicia, educación, salud, política ambiental, cuestiones agrarias y desarrollo económico.

88. Otro problema es la ausencia de mecanismos de consulta y participación, establecidos juntamente con los pueblos indígenas de manera que contemplen las necesidades y óptica de ambas partes, para regular la manera en que se aplicarán tales mecanismos en las diferentes áreas: legislativa, administrativa, programas de desarrollo y recursos naturales, entre otros. Los mecanismos elaborados unilateralmente ignoran a una de las partes de la consulta, imponen una subordinación en cuanto a la metodología y en consecuencia generan frustración de manera tal que el proceso de consulta se ve condenado al fracaso desde su inicio.

89. El sector judicial ha sido llamado de manera creciente a involucrarse en esta problemática. Los tribunales contribuyen a resolver los conflictos entre las leyes, la no

implementación de estas, los actos de autoridad que contradicen las reformas y lesionan los derechos de los pueblos y comunidades indígenas. En este proceso han jugado un papel importante los tribunales superiores, las supremas cortes y las cortes constitucionales. Pero en el futuro tendrán que hacer mucho más.

90. Los indígenas están utilizando cada vez más los mecanismos internacionales para la defensa de sus derechos humanos y para procurar cerrar la “brecha de la implementación.” A nivel regional ha jugado un papel de creciente importancia el sistema interamericano de derechos humanos, y está comenzando a tener relevancia el sistema regional africano. A nivel internacional, la OIT y los mecanismos de los tratados en las Naciones Unidas tienen sin duda una autoridad moral que se ejerce cada vez más en defensa de los derechos de los pueblos indígenas, aunque a algunos Estados les cueste trabajo creerlo.

91. Finalmente, la brecha sólo podrá cerrarse con la plena participación de las organizaciones indígenas y de la sociedad civil actuando constructivamente en el marco de las instituciones nacionales, buscando resolver conflictos y lograr consensos que a final de cuentas serán benéficos para toda la sociedad nacional.

92. El Relator Especial confía en que los elementos que se señalan en el presente informe puedan servir de guía para los gobiernos en su compromiso para implementar de una forma más efectiva las normas existentes en materia de promoción y protección de los derechos de los pueblos indígenas y en este contexto presenta las siguientes recomendaciones.

II. RECOMENDACIONES

93. El Relator Especial recomienda a los gobiernos dar alta prioridad en la búsqueda de medidas y acciones concretas que ayuden a cerrar la brecha existente entre las legislaciones para la protección de los derechos humanos de los indígenas y su implementación efectiva.

94. Desarrollar una política coordinada y sistemática, con la participación de los pueblos indígenas, que de manera transversal involucre a los diferentes ministerios relacionados con cuestiones indígenas.

95. En consulta con las instituciones representativas de los pueblos indígenas, establecer mecanismos de consulta y participación sobre toda medida de alcance general o particular que les afecte, con especial atención a la legislación, recursos naturales y proyectos de desarrollo.

96. Consciente que el establecimiento de mecanismos interculturales de consulta y participación adecuados solo será resultado de un proceso y no de un acto único, elaborar mecanismos flexibles y la creación de comisiones nacionales que puedan evaluar el funcionamiento de tales mecanismos y efectuar los ajustes necesarios.

97. Que junto a las nuevas legislaciones se establezcan mecanismos de observación y evaluación de los mecanismos y prácticas y de implementación de las normas enunciadas con la participación de los pueblos indígenas.

98. A los parlamentos que establezcan, allí en donde aún no existen, comisiones sobre asuntos indígenas y sobre derechos humanos; y que aquellas que ya existen sean responsabilizadas de asegurar que las propuestas legislativas respondan efectivamente a las necesidades y requerimientos de los pueblos indígenas en consulta con los pueblos indígenas. Asimismo, que realicen un seguimiento cuidadoso del uso de los presupuestos asignados a las áreas de protección y promoción de los derechos de los pueblos y comunidades indígenas.
99. Que a la brevedad posible sean adoptadas las leyes reglamentarias y orgánicas necesarias en consulta con las instituciones representativas de los pueblos indígenas, para la efectiva aplicación de las normas establecidas en las legislaciones sobre derechos humanos de los pueblos indígenas.
100. Que en los casos de inconsistencia entre las leyes, se dé prioridad y primacía a las que protegen los derechos humanos de los pueblos indígenas, y que los conflictos que puedan derivarse de estas inconsistencias sean resueltos de buena fe y de común acuerdo.
101. Establecer mecanismos independientes para construir los criterios e indicadores adecuados para dar seguimiento sistemático al cumplimiento de las legislaciones en materia de derechos de los pueblos indígenas así como otras que afectan los derechos y libertades fundamentales de estos pueblos. Para ello se recomienda la instalación de observatorios ciudadanos debidamente financiados y con personal altamente capacitado.
102. Que los cuerpos legislativos incorporen, si no lo han hecho aún, las normas internacionales de derechos humanos relevantes para los pueblos indígenas en sus legislaciones nacionales.
103. A los partidos y las agrupaciones políticas desarrollar un diálogo con los pueblos indígenas a fin de incorporar las demandas de los pueblos indígenas en sus agendas legislativas.
104. Que los Estados adopten medidas eficaces para asegurar que las autoridades judiciales relevantes, los legisladores y los funcionarios públicos conozcan las leyes y las decisiones y compromisos internacionales en materia de derechos indígenas y actúen en consecuencia.
105. Que los tribunales apliquen estas normas internacionales en los casos que involucren situaciones relativas a los derechos humanos de los pueblos y las comunidades indígenas y que tomen en cuenta la emergente jurisprudencia en esta materia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.
106. Que sean fortalecidas las instancias de “ombudsman” para los derechos indígenas y proveerles de los recursos presupuestales e institucionales necesarios.
107. Que las recomendaciones de las instancias de ombudsman para los derechos indígenas sean de cumplimiento obligatorio para las autoridades indicadas en ellas.

108. A los organismos de la sociedad civil que den prioridad a la capacitación de los representantes indígenas para hacer llegar sus planteamientos a las instancias legislativas correspondientes.

109. Que las instituciones de la Administración pública que se ocupan de las políticas de atención a los pueblos y comunidades indígenas establezcan mecanismos adecuados para llevar adelante estas tareas y capaciten a sus funcionarios para que las cumplan en el marco del respeto a las diferencias culturales y a las necesidades específicas de los pueblos indígenas.

110. Tomando nota del plan estratégico del ACNUDH así como la política de compromiso con los países, que se refuerce la cooperación técnica en cuestiones relevantes a los derechos humanos de los pueblos indígenas.

111. Teniendo en cuenta el establecimiento del Consejo de Derechos Humanos, que los Estados aseguren que la cuestión de los derechos humanos de los pueblos indígenas se mantenga en la agenda de este nuevo organismo y que se asegure un papel importante para los pueblos indígenas en las discusiones futuras de esta cuestión.

112. A los equipos de país de las Naciones Unidas, que den prioridad en la elaboración, implementación y evaluación de sus programas a las cuestiones relevantes para la promoción y protección de los derechos humanos de los pueblos indígenas, apoyando la idea del programa HURIST para asegurar mayor participación de los pueblos indígenas en las actividades de las Naciones Unidas.

113. A la Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos que continúe su incipiente e importante labor a favor de los pueblos indígenas del continente y considere la conveniencia de elaborar los instrumentos regionales adecuados para la protección de los derechos humanos de estos pueblos.

114. A esta Comisión la conveniencia de elaborar un código de conducta internacional de protección a los derechos de los pueblos indígenas para empresas transnacionales que operan en regiones indígenas.
