

Grupo de Trabajo establecido de conformidad con la resolución 1995/32 de la Comisión de Derechos Humanos de 3 de marzo de 1995
Undécimo período de sesiones
Ginebra, 4-16 de diciembre de 2005

Derecho de los pueblos indígenas a la restitución

Presentación Conjunta por parte de las siguientes naciones y organizaciones:

Grand Council of the Crees (Eeyou Istchee), Inuit Circumpolar Conference (ICC), Na Koa Ikaika Kalāhui Hawai'i, Indigenous Peoples of Africa Co-ordinating Committee (IPACC), Centro de Asistencia Legal Popular (CEALP) Programa de Pueblos Indígenas de Panamá, Saami Council, Taungya (Bangladesh), International Organization of Indigenous Resource Development (IOIRD), Foundation for Aboriginal and Islander Research Action (FAIRA), Mainyoito Pastoralist Integrated Development Organisation (MPIDO-Kenya), Tebtebba Foundation, First Peoples Human Rights Coalition, Organisation africaine des femmes autochtones (OAFATIN)/TIN HINAN, Native Women's Association of Canada (NWAC), Servicios del Pueblo Mixe (SER) México, Kus Kura Sociedad Civil (Costa Rica), Assembly of First Nations, Comisión de Juristas Indígenas en la Republica Argentina (CJIRA), American Indian Law Alliance (AILA), Indigenous World Association, Communauté des Autochtones Rwandais (CAURWA), Warã Instituto Indígena Brasileiro, Maasai Civil Society Forum (MCSF), ECUARUNARI, CONAIE (Ecuador), Caribbean Antilles Indigenous Peoples Caucus & the Diaspora (CAIPCD), Nepal Indigenous Peoples Development and Information Service Centre (NIPDISC), United Confederation of Taino Peoples, YABOA Native Women's Coalition, Traditional Kirati Peoples' Alliance (Nepal), Consejo General de Taino Boricanos, South African First Indigenous and Human Rights Organization (SAFIHRO), Derechos y Democracia, Canadian Friends Service Committee, Centro Holandés para los Pueblos Indígenas (NCIV), KAIROS: Canadian Ecumenical Justice Initiatives.

Noviembre de 2005

RESUMEN EJECUTIVO

Varios Estados han afirmado que no existe el derecho a la restitución en el derecho internacional. Este documento demuestra lo contrario. En el contexto de las tierras, territorios y recursos, el derecho a la restitución es esencial para los pueblos indígenas. Cuando se considera la reparación o el remedio, la restitución es la principal forma de reparación. Cuando no sea posible, se aplicarán otras formas de remedio, como la compensación. A menos que los pueblos indígenas lo acuerden de otro modo, la compensación tendrá la forma de tierras, territorios y recursos iguales en calidad, extensión y situación jurídica.

Algunos Estados han argumentado que, sin mencionar los derechos de terceras partes, el derecho de restitución en el artículo 27 sería, en efecto, un derecho absoluto. Tal afirmación es simplemente errónea. Está ampliamente reconocido que los derechos humanos son, en general, de naturaleza relativa y no absoluta. Esto es igualmente cierto para el derecho a la restitución.

El artículo 27 reconoce que la restitución puede no ser posible en todas las situaciones. Al determinar si la restitución es o no “posible”, se considerarán sistemáticamente los derechos de todas las partes interesadas -- incluidos los gobiernos de los Estados y otras terceras partes --. Este enfoque contextual está reconocido tanto en la legislación nacional como en el derecho internacional. En este contexto, no hay necesidad de referirse explícitamente a los derechos de terceras partes en el proyecto de *Declaración de la ONU*.

En términos de un remedio efectivo para sus propios intereses, los Estados suelen insistir en la restitución. En consecuencia, los estados no deberían aplicar una norma sensiblemente menos efectiva al considerar los derechos humanos de los pueblos indígenas.

El derecho a un remedio efectivo es un derecho humano reconocido en los principales instrumentos de derechos humanos. A la vista de la profunda significación que las tierras, territorios y recursos tienen para los pueblos indígenas, para nuestra supervivencia y bienestar, el derecho a un remedio efectivo debe incluir el derecho a la restitución.

Las propuestas de añadir una obligación de que los Estados provean “mecanismos efectivos de reparación” podría ser beneficiosa. Pero estas propuestas no son un sustituto adecuado para el derecho a la restitución de las tierras, territorios y recursos de los pueblos indígenas. Además, en los casos en que la restitución no es posible, estas propuestas de los Estados pretender eliminar las referencias a los derechos de compensación en forma de sustitución de tierras o recursos de calidad, extensión y situación jurídica equivalente.

Derecho de los pueblos indígenas a la restitución

Introducción

El derecho de los pueblos indígenas a que se nos restituyan nuestras tierras, territorios y recursos naturales ya está incluido —o se está estudiando su inclusión— en diversos documentos sobre los derechos humanos (véase el anexo I). En concreto, el proyecto de *Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas*, que fue aprobado unánimemente en 1994 por la Subcomisión de las Naciones Unidas afirma en su artículo 27:

Los pueblos indígenas tienen derecho a la restitución de las tierras, los territorios y los recursos que tradicionalmente han poseído u ocupado o utilizado de otra forma y que les hayan sido confiscados, ocupados, utilizados o dañados sin su consentimiento expresado con libertad y pleno conocimiento. Cuando esto no sea posible, tendrán derecho a una indemnización justa y equitativa. Salvo que los pueblos interesados hayan convenido libremente en otra cosa, la indemnización consistirá en tierras, territorios y recursos de igual cantidad, extensión y condición jurídica¹.

Sin embargo, en los procesos actuales de elaboración de normas en las Naciones Unidas y en la Organización de los Estados Americanos (OEA), algunos Estados reivindican que no existe el derecho a la restitución en el derecho internacional. Se dice que, en una situación dada, la restitución es sólo una de los recursos que podrían utilizarse.

Como demostraremos más adelante, estas reivindicaciones son incorrectas. Suprimir nuestro derecho a la restitución no sería coherente con el derecho internacional ni con su desarrollo progresivo. Existen diversas razones para afirmar claramente el derecho de los pueblos indígenas a la restitución en los proyectos de declaraciones que se están estudiando en la ONU y en la OEA. En este documento desarrollamos estas razones.

I. El derecho a la restitución en el derecho internacional

¹ En relación con las otras formas de propiedad, véase también el artículo 12 del proyecto de *Declaración de las Naciones Unidas*: “Los pueblos indígenas tienen derecho a ... la restitución de los bienes culturales, intelectuales, religiosos y espirituales de que han sido privados sin que hubieran consentido libremente y con pleno conocimiento o en violación de sus leyes, tradiciones y costumbres”.

A pesar de la importancia del artículo 12, este documento se centrará principalmente en el derecho a la restitución de las tierras, territorios y recursos, como se expresa en el artículo 27. Sin embargo, muchos de los argumentos básicos que utilizamos podrían aplicarse igualmente a la restitución de los bienes citados en el artículo 12.

De entrada es importante señalar que el derecho a la restitución está previsto explícitamente en el artículo 21(2) de la *Carta Africana sobre los Derechos Humanos y de los Pueblos*:

En caso de expoliación, el pueblo desposeído tendrá derecho a la recuperación legal de su propiedad así como a una compensación adecuada.

A escala nacional, la práctica de la restitución de las tierras y territorios de los pueblos indígenas es evidente en los procedimientos de “reclamación de tierras” de muchos Estados. En el caso de Sudáfrica, el derecho colectivo e individual a la restitución de la tierra está reconocido explícitamente en la legislación nacional y en la constitución².

En el derecho internacional, el Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial ha destacado el derecho de los pueblos indígenas a “poseer, explotar, controlar y utilizar sus tierras, territorios y recursos comunales”³. En este contexto crucial, se hace hincapié en el derecho a la restitución de los pueblos indígenas de la siguiente manera:

... y en los casos en que se les ha privado de sus tierras y territorios, de los que tradicionalmente eran dueños, o se han ocupado o utilizado esas tierras y territorios sin el consentimiento libre e informado de esos pueblos, que adopten medidas para que les sean devueltos. Únicamente cuando, por razones concretas, ello no sea posible, se sustituirá el derecho a la restitución por el derecho a una justa y pronta indemnización, la cual, en la medida de lo posible, deberá ser en forma de tierras y territorios.⁴

² *Restitution of Land Rights Act 22 of 1994*, ley aprobada el 17 de noviembre de 1994, con fecha de entrada en vigor del 2 de diciembre de 1994, modificada, en cuyo artículo 2(1) se expone que una persona o una comunidad tendrá derecho a la restitución de un derecho sobre la tierra si se trata de una comunidad o de parte de ella desposeída de un derecho a la tierra después del 19 de junio de 1913 debido a las leyes o prácticas pasadas discriminatorias desde el punto de vista racial [“A person [which includes a community] shall be entitled to restitution of a right in land if ... (d) it is a community or part of a community dispossessed of a right in land after 19 June 1913 as a result of past racially discriminatory laws or practices...”].

Véase también *Constitution of the Republic of South Africa 1996*, aprobada el 8 de mayo de 1996 y modificada el 11 de octubre de 1996 por la Asamblea Constitucional, Ley 108 de 1996, en cuyo artículo 25(7) se dice que una persona o una comunidad desposeída de sus bienes después del 19 de junio de 1913, debido a las leyes o prácticas pasadas discriminatorias desde el punto de vista racial, tiene derecho, en la medida en que establezca una ley del Parlamento, a que se le restituyan dichos bienes o a un desagravio justo [“A person or community dispossessed of property after 19 June 1913 as a result of past racially discriminatory laws or practices is entitled, to the extent provided by an Act of Parliament, either to restitution of that property or to equitable redress”].

³ Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial, *Recomendación general N° XXIII relativa a los derechos de los pueblos indígenas*, CERD/C/51/Misc.13/Rev.4, (adoptada en la Sesión 1235 del Comité, el 18 de agosto de 1997), párr. 5.

⁴ *Id.*

Esta norma de la restitución está perfectamente reflejada en el artículo 27 del proyecto de *Declaración de las Naciones Unidas* (véase el texto *supra* y el anexo II *infra*). Asimismo, el Comité ha aplicado sistemáticamente esta norma a diversos Estados, como Japón⁵, Costa Rica⁶, y México⁷. El Comité de Derechos Humanos⁸ y el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales⁹ de la ONU también han aplicado el derecho *colectivo* a la restitución a las tierras tradicionales de los pueblos indígenas.

Es importante señalar que el derecho de restitución en el artículo 27 del proyecto de *Declaración de las Naciones Unidas* también es coherente con el mismo derecho tal y como suele interpretarse generalmente en el derecho internacional. En el ámbito internacional, la restitución puede relacionarse con una gran variedad de cuestiones. Como se describe en el *Informe de la Comisión de Derecho Internacional* de 2001, entre dichas cuestiones están la “devolución material de territorio, personas o bienes, o la revocación de algún acto jurídico, o una combinación de esas cosas”¹⁰. Cuando los Estados han cometido actos ilícitos con arreglo al derecho internacional, la restitución es considerada como una de las principales forma de compensación. Como dice el *Informe*:

... como la restitución se conforma mejor al principio general según el cual el Estado responsable está obligado a borrar todas las consecuencias jurídicas y materiales de su hecho ilícito mediante el restablecimiento de la situación que habría existido de no haberse cometido este hecho, *se coloca en primer lugar entre las formas de reparación*¹¹.

⁵ Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial, *Observaciones finales del Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial: Japón*, Doc. ONU CERD/C/304/Add.114, 27 de abril de 2001, párr. 17.

⁶ Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial, *Observaciones finales del Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial: Costa Rica*, Doc. ONU CERD/C/60/CO/3, 20 de marzo de 2002, párr. 11.

⁷ Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial, *Observaciones finales del Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial: México*, Doc. ONU CERD/C/304/Add.30, 11 de diciembre de 1997, párr. 27.

⁸ Comité de Derechos Humanos, *Observaciones finales del Comité de Derechos Humanos: Guatemala*, Doc. ONU CCPR/CO/72/GTM, 27 de agosto de 2001, párr. 29.

⁹ Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, *Observaciones finales del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales: Argentina*, Doc. ONU E/C.12/1/Add.38, 8 de diciembre de 1999, párr. 4.

¹⁰ *Informe de la Comisión de Derecho Internacional*, 53º período de sesiones (23 de abril a 1º de junio y 2 de julio a 10 de agosto de 2001), Asamblea General, Documentos Oficiales, 56º periodo de sesiones, suplemento N° 10 (A/56/10), (comentario sobre el artículo 35), pág. 254, párr. (5).

¹¹ *Id.*, pág. 252, párr. (3) [énfasis agregado].

La primacía de la restitución como recurso eficaz también ha sido señalada en otros contextos específicos en el derecho internacional, como la “restitución de viviendas y de patrimonio”¹².

Teniendo en cuenta lo anterior, es evidente que el derecho a la restitución existe en el derecho internacional. Sin embargo, en el actual Grupo de Trabajo entre periodos de sesiones (GTPD) que está considerando el proyecto de *Declaración de las Naciones Unidas*, algunos Estados han sugerido otra razón para oponerse al artículo 27. Estos Estados consideran que un derecho de restitución permitiría a los pueblos indígenas reclamar prácticamente todos los Estados actuales o al menos una gran parte de ellos. De esta manera habría personas no indígenas o terceros que pagarían injustamente las consecuencias o que serían completamente desplazadas.

Estos argumentos extremos no aguantan un examen. Son argumentos que no se basan en el derecho. Dado que siguen haciendo imposible llegar a un consenso en el GTPD, hablaremos de ellos en la siguiente sección.

II. El derecho a la restitución es un derecho “relativo”

Es bien sabido que los derechos humanos generalmente son relativos en cuanto a su naturaleza y no absolutos¹³. Esto también se aplica al derecho a la restitución.

Por consiguiente, en ausencia de mención alguna en el proyecto de *Declaración de las Naciones Unidas* a los derechos de terceros o de los gobiernos de los Estados, esto no significa que estas entidades quedarían privadas de sus derechos. A nuestro entender, no hay precedentes que sugieran lo contrario. Asimismo, aunque la adopción del proyecto de *Declaración* por la Asamblea General de la ONU sería una primera etapa importantísima, la *Declaración* sería sólo un documento con aspiraciones pero no vinculante desde el punto de vista jurídico.

¹² “Restitución de viviendas y de patrimonio”, Resolución 2004/2 de la Subcomisión de Promoción y Protección de los Derechos Humanos, adoptada el 9 de agosto de 2004, párr. 3 (en el contexto del regreso de los refugiados y de las personas internamente desplazadas), en Comisión de Derechos Humanos, *Informe de la Subcomisión de Promoción y Protección de los Derechos Humanos, Ginebra, 26 de julio-13 de agosto de 2004, Relator Especial, Sr. Paulo Sérgio Pinheiro*, E/CN.4/2005/2, E/CN.4/Sub.2/2004/48, 21 de octubre de 2004, p. 17:

Afirma que el recurso de indemnización sólo debe utilizarse cuando el recurso de restitución no resulte posible o cuando la parte damnificada acepte consciente y voluntariamente la indemnización en lugar de la restitución ...

¹³ S.J. Toope, *Cultural Diversity and Human Rights (F.R. Scott Lecture)*, (1997) 42 McGill L.J. 169, en págs. 177-178: “None of this is to say, however, that rights are absolute. They are defeasible under certain circumstances by other rights and sometimes by necessity ... rights are subject to processes of balancing” [“Sin embargo, nada de esto permite decir que los derechos sean absolutos. Los derechos pueden invalidarse en determinadas circunstancias debido a otros derechos y, a veces, por necesidad... los derechos están sujetos a procesos de equilibrio”].

Además, en relación con los pueblos indígenas, el artículo 27 del proyecto de *Declaración* indica que “cuando [la restitución] no sea posible, tendrán derecho a una indemnización justa y equitativa”. Esta afirmación es, de nuevo, totalmente coherente con el derecho internacional.

Por ejemplo, la Comisión de Derecho Internacional expone que, cuando la restitución no es posible, debe pagarse una indemnización¹⁴:

La primacía de la restitución fue confirmada por la Corte Permanente de Justicia Internacional en el asunto de la *Fábrica de Chorzów*, cuando dijo que el Estado responsable estaba “obligado a restablecer la empresa y, de no ser ello posible, a pagar su valor en el momento de la indemnización, valor que ha de tomar lugar de la restitución que ha pasado a ser imposible”¹⁵.

Según las circunstancias, se dice que la restitución puede o no ser posible en situaciones en las que intervienen los derechos de terceros:

... si la posición de un tercero impide o no la restitución dependerá de las circunstancias, en particular si el tercero, en el momento de concertar el trato o de asumir los derechos litigiosos, actuó de buena fe y sin conocimiento de la pretensión a obtener restitución¹⁶.

Por lo tanto, no es necesario mencionar explícitamente los derechos de terceros en el proyecto de *Declaración de las Naciones Unidas*. En el caso de que se produjera un litigio en el futuro, los derechos de todas las partes interesadas —incluso los de los gobiernos de los Estados y otras terceras partes— se tendrían en cuenta sistemáticamente para determinar si es “posible” un derecho a la restitución. Como en todos los otros casos de derechos, el resultado dependería de las circunstancias históricas y contemporáneas de cada caso¹⁷.

III. Derecho a un recurso eficaz

¹⁴ Informe de la Comisión de Derecho Internacional, nota 10 anterior, pág. 253, párr. (3).

¹⁵ Asunto relativo a *Usine de Chorzów (Fond)*, 1928 P.C.I.J., série A, N° 17, p. 48.

¹⁶ Informe de la Comisión de Derecho Internacional, nota 10 anterior, pág. 258, párr. (10).

¹⁷ R. McCorquodale, *Self-Determination: A Human Rights Approach*, (1994) 43 Int'l & Comp. L.Q. 857, en págs. 884-885:

... the human rights approach ... does provide a framework to enable every situation to be considered and all the relevant rights and interests to be taken into account, balanced and analysed. This balance means that the geopolitical context of the right being claimed – the particular historical circumstances – and the present constitutional order of the State and of international society, is acknowledged and addressed [“...el planteamiento de los derechos humanos ofrece un marco que permite tener en cuenta, sopesar y analizar cada situación y todos los derechos e intereses pertinentes. Este equilibrio significa que se conoce y se tiene en cuenta el contexto geopolítico del derecho que se reivindica —las circunstancias históricas particulares—, el orden constitucional presente del Estado y de la sociedad internacional”].

En lo que se refiere a un recurso eficaz para sus propios intereses, resulta interesante advertir que los Estados por lo general insisten en la restitución¹⁸. Por lo tanto, los Estados no deberían aplicar una norma considerablemente menos eficaz para tratar los derechos de los pueblos indígenas.

En casos relativos a la aplicación de normas imperativas, “puede exigirse la restitución como un elemento de cumplimiento de la obligación primaria”¹⁹. Las violaciones de las normas imperativas, como la prohibición de la discriminación racial, son especialmente pertinentes para los pueblos indígenas.

Además de negarles el derecho a la libre determinación y de ser víctimas de otras violaciones de los derechos humanos, los pueblos indígenas han estado sujetos, en general, a una discriminación y desposeimiento amplios en relación con sus tierras, territorios y recursos. Estos abusos de los derechos humanos han tenido y siguen teniendo consecuencias adversas profundas en los pueblos indígenas.

En la mayoría de los casos, estas acciones han producido una herencia de empobrecimiento debilitante. A su vez, esta pobreza extrema sigue inhibiendo en gran medida (incluso impidiendo) a los pueblos indígenas de disfrutar nuestros derechos humanos básicos.

La extrema pobreza a la que se enfrentan los pueblos indígenas va más allá de afectar nuestros derechos humanos. También mina nuestros derechos a participar y otros derechos democráticos. La eliminación de la pobreza es vital para que desaparezcan todas las formas de discriminación. Por esta y por otras razones, hay que corregir el desposeimiento de tierras, territorios y recursos que han sufrido los pueblos indígenas. Como mínimo, las reparaciones deben llevar a garantizar una base adecuada de tierras y recursos.

El derecho a un recurso *eficaz* es un derecho humano reconocido en los principales instrumentos internacionales sobre los derechos humanos²⁰. A la luz del profundo significado que las tierras, territorios y recursos tienen para los pueblos indígenas y nuestra

¹⁸ *Informe de la Comisión de Derecho Internacional*, nota 10 anterior, pág. 253, párr. (3): “...los Estados han insistido a menudo en reivindicarla [la restitución] con preferencia a la indemnización”.

¹⁹ *Id.*

²⁰ Véase, por ejemplo, *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*, A.G. res. 2200A (XXI), 21 Asamblea General de la ONU, Sup. (No. 16), p. 52, Doc. ONU A/6316, Can. T.S. 1976 No. 47 (1966). Aprobado por la Asamblea General de la ONU el 16 de diciembre de 1966, en vigor desde el 23 de marzo de 1976, Art. 2, párr. 3; y *Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial*, 660 U.N.T.S. 195, (1966) 5 I.L.M. 352. Adoptada por la Asamblea General de la ONU el 21 de diciembre de 1965, abierta a la firma el 7 de marzo de 1966, entrada en vigor: 4 de enero de 1969, Art. 6.

Véase también *Carta de París para una Nueva Europa: Una Nueva Era de Democracia, Paz y Unidad*, 21 de noviembre de 1990, reimpressa en (1991) 30 I.L.M. 190: “Garantizaremos que todo el mundo pueda interponer recursos efectivos, tanto nacionales como internacionales, contra cualquier violación de sus derechos”.

supervivencia y bienestar, el derecho a un recurso eficaz debe incluir el derecho a la restitución.

Como señaló la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso de la *Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua*:

... la estrecha relación que los indígenas mantienen con la tierra debe de ser reconocida y comprendida como la base fundamental de sus culturas, su vida espiritual, su integridad y su supervivencia económica. 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 gozar plenamente, inclusive para preservar su legado cultural y transmitirlo a las generaciones futuras²¹.

A esta conclusión se llegó también en la Reunión de Expertos de las Naciones Unidas celebrada en 1991 en Nuuk (Groenlandia):

*El territorio indígena y los recursos del mismo son esenciales para la existencia física, cultural y espiritual de los pueblos indígenas y para la construcción y el ejercicio eficaz de la autonomía y el auto-gobierno de los pueblos indígenas. Esta base territorial y de recursos debe asegurarse a favor de estos pueblos para su subsistencia y el desarrollo constante de las sociedades y culturas indígenas...*²²

Asimismo, R. Stavenhagen señala que los pueblos indígenas son conscientes de que, a menos de que sean capaces de conservar el control de su tierra y territorios, su supervivencia como sociedades y culturas identificables y distintas está en grave peligro.²³

Algunos Estados tratan de sustituir el derecho a la restitución del artículo 27 del proyecto de *Declaración de las Naciones Unidas* con el derecho a la “compensación” o a la “reparación”²⁴. Cualquiera de estos términos alternativos significaría que los pueblos indígenas no tendrían derecho explícito a la restitución, pero que dicha restitución podría

²¹ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua*, Sentencia de 31 de agosto de 2001, Ser. C No. 76 (2001), párr. 149.

²² *Informe de la Reunión de Expertos de las Naciones Unidas encargada de examinar la experiencia de los países en la esfera de la aplicación de planes de autonomía interna en favor de las poblaciones indígenas*, Nuuk, Groenlandia, 24 a 28 de septiembre de 1991, Doc. ONU E/CN.4/1992/42 y Add.1, párr. 4 [traducción no oficial al español, énfasis agregado].

²³ R. Stavenhagen, *The Ethnic Question: Conflicts, Development, and Human Rights*, (Tokyo: United Nations University Press, 1990), at p. 105: “Indigenous peoples are aware of the fact that unless they are able to retain control over their land and territories, *their survival as identifiable, distinct societies and cultures is seriously endangered.*” [énfasis agregado].

²⁴ Comisión de Derechos Humanos de la ONU, *Informe del Grupo de Trabajo establecido de conformidad con la resolución 1995/32 de la Comisión de Derechos Humanos del 3 de marzo de 1995 en su décimo periodo de sesiones*, E/CN.4/2005/89, 12 de febrero de 2005 (Presidente-relator: Sr. Luis-Enrique Chávez (Perú)), p. 7, párr. 36.

producirse posiblemente mediante el reconocimiento de los desposeimientos pasados. A la luz de la trágica historia de desposeimientos de tierras, territorios y recursos y la herencia constante de empobrecimiento, aceptar esto supondría un gran riesgo para los pueblos indígenas.

Algunos Estados han propuesto eliminar el derecho a la restitución del artículo 27 y sustituirlo por un derecho a la “compensación” o a la “reparación” y una obligación general del Estado de ofrecer “mecanismos eficaces de compensación”²⁵. Aunque sería beneficioso agregar dicha obligación al proyecto de *Declaración*, esto únicamente no sería adecuado ya que esta obligación, por sí sola, no garantizaría que se nos devolvieran las tierras, territorios y recursos que se nos confiscaron o quitaron. Los “mecanismos eficaces de compensación” se convertirían probable y únicamente en una indemnización económica y no en la sustitución de las tierras y recursos por otros de calidad, tamaño y régimen legal equivalentes²⁶. En la gran mayoría de las situaciones globales esto no constituiría una reparación jurídica eficaz.

También vale la pena advertir que algunos Estados están proponiendo un nuevo artículo 26 bis. Este artículo propone que los Estados establecerán un proceso justo, abierto y transparente para adjudicar y reconocer los derechos de los pueblos indígenas en relación con sus tierras y recursos, incluyendo los que poseían, ocupaban o usaban de manera tradicional. Los pueblos indígenas tendrán derecho a participar o, cuando sea apropiado, a que se les consulte en este proceso.²⁷

²⁵ Comisión de Derechos Humanos de la ONU, *Informe del Grupo de Trabajo establecido de conformidad con la resolución 1995/32 de la Comisión de Derechos Humanos del 3 de marzo de 1995 en su décima sesión: Adenda*, E/CN.4/2005/89/Add.2, 1º de abril de 2005 (Presidente-relator: Sr. Luis-Enrique Chávez (Perú)), p. 34.

Véase también la p. 22 de este Informe, donde se hace una propuesta similar con respecto a la eliminación del derecho a la restitución del patrimonio cultural, intelectual, religioso y espiritual de los pueblos indígenas citado en el artículo 12 del proyecto de *Declaración de las Naciones Unidas*.

²⁶ Véase también el *Convenio (Nº 169) sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes* de la OIT, Art. 16, párr. 4 (reubicación):

Quando el retorno no sea posible, tal como se determine por acuerdo o, en ausencia de tales acuerdos, por medio de procedimientos adecuados, *dichos pueblos deberán recibir, en todos los casos posibles, tierras cuya calidad y cuyo estatuto jurídico sean por lo menos iguales a los de las tierras que ocupaban anteriormente, y que les permitan subvenir a sus necesidades y garantizar su desarrollo futuro*. Cuando los pueblos interesados prefieran recibir una indemnización en dinero o en especie, deberá concedérseles dicha indemnización, con las garantías apropiadas. [énfasis agregado].

²⁷ Véase Comisión de Derechos Humanos de la ONU, *Informe del Grupo de Trabajo establecido de conformidad con la resolución 1995/32 de la Comisión de Derechos Humanos del 3 de marzo de 1995 en su décima sesión: Adenda*, E/CN.4/2005/89/Add.2, 1º de abril de 2005 (Presidente-relator: Sr. Luis-Enrique Chávez (Perú)), pág. 34: “A26 bis - States shall establish a fair, open and transparent process to adjudicate and recognize the rights of indigenous peoples pertaining to their lands and resources, including those which were traditionally owned or otherwise occupied or used. The indigenous peoples shall have the right to participate or, where appropriate, to be consulted in this process”.

Uno de los propósitos del artículo 26 bis es permitir que las reclamaciones de los pueblos indígenas en relación con las tierras y recursos de los que han sido privados se planteen en un proceso justo, abierto y transparente. Sin embargo, no está claro que el proceso propuesto sería completamente independiente de los gobiernos de los Estados. Tampoco están claros los criterios o procedimientos que se utilizarían para adjudicar y reconocer los derechos sobre las tierras y los recursos de los pueblos indígenas. Además, la frase que menciona el derecho a participar o, cuando sea apropiado, a que se les consulte, es ambigua y confusa en su propósito e intención.

Con arreglo al artículo 26 bis, los Estados tendrían la obligación de establecer este proceso, que *posiblemente podría* reconocer los derechos de los pueblos indígenas sobre nuestras tierras y recursos tradicionales que ya no poseemos. Curiosamente, se ha omitido totalmente cualquier referencia a los derechos sobre los “territorios” indígenas. Además, no se reconocería el “derecho” de los pueblos indígenas a la restitución.

Todos estos defectos es probable que hagan más difícil que los pueblos indígenas alcancen sus objetivos. Otro problema es que el artículo 26 bis aparentemente pretende acompañar a un artículo 26 *modificado*. El texto actual del artículo 26 del proyecto de *Declaración* dice:

Los pueblos indígenas tienen derecho a poseer, desarrollar, controlar y utilizar sus tierras y territorios, comprendido el medio ambiente total de las tierras, el aire, las aguas, los mares costeros, los hielos marinos, la flora y la fauna y los demás recursos que tradicionalmente han poseído u ocupado o utilizado de otra forma.

En cambio, el texto modificado propuesto omitiría cualquier referencia al medio ambiente. Solamente reconocería los derechos de los pueblos indígenas a las tierras tradicionales, etc., que poseen *actualmente*, así como a las que *podrían adquirir en el futuro*. Esta referencia a las tierras y recursos que podríamos adquirir en el futuro sería una novedad positiva, pero nuestra mayor preocupación es que no se nos reconocerían nuestros derechos sobre las tierras, territorios y recursos de los que fuimos despojados injustamente.

Actualmente los derechos que los pueblos indígenas reivindican ante los organismos de derechos humanos y cortes de justicia se basan generalmente en todos los derechos que los pueblos indígenas tienen sobre sus tierras, territorios y recursos que hemos poseído tradicionalmente u ocupado o usado de otra manera²⁸. A pesar de unos criterios tan amplios, las pruebas que a menudo exigen los tribunales nacionales hacen que el reconocimiento de los títulos aborígenes resulte demasiado difícil. Por ejemplo, en el caso de Canadá, el Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial ha expresado su preocupación ante el hecho de que ningún pueblo aborígen haya logrado demostrar que posee títulos aborígenes sobre la tierra²⁹.

²⁸ Véase, por ejemplo, Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Comunidades Indígenas Maya del Distrito de Toledo*, Belice, Caso 12.053 (Fondo), Informe N° 40/04, 12 de octubre de 2003, párr. 151:

En resumen, sobre la base del análisis realizado, la Comisión concluye que el pueblo maya de Belice meridional tiene un derecho de propiedad comunal sobre las tierras que ha usado y ocupado tradicionalmente y que el carácter de ese derecho está en función de las modalidades de uso de la tierra y la tenencia consuetudinaria de la tierra por los mayas.

Aunque algunos Estados tratan de limitar injustamente los derechos de los pueblos indígenas a las tierras, territorios y recursos, los expertos internacionales reafirman la idoneidad de los criterios utilizados en el texto actual y exigen disposiciones más fuertes³⁰.

El proyecto de *Declaración de las Naciones Unidas* ha sido concebido para modificar considerablemente la situación actual de los pueblos indígenas en todas las partes del mundo. Sin embargo, estas propuestas de algunos Estados y de la presidencia del GTPD podrían servir para perpetuar el desposeimiento de los pueblos indígenas en todo el mundo y para seguir privándonos de una base adecuada de tierras y recursos. Ello tendría unas consecuencias desastrosas para las generaciones presentes y futuras de los pueblos afectados.

IV. Artículo 27 - Posibles enmiendas a considerar

Mientras que apoyamos el texto existente del artículo 27 del proyecto de *Declaración de las Naciones Unidas*, hay un número de posibles enmiendas que merece la pena considerar. Las enmiendas propuestas preservan el texto de la Subcomisión. Pero, al mismo tiempo, clarifican y refuerzan dicho texto.

Con respecto al artículo 27, las enmiendas propuestas se señalan más adelante (indicadas en negrita). Nuestros breve comentarios se proporcionan en una nota explicativa.

Los pueblos indígenas tienen derecho a la restitución de las tierras, los territorios y los recursos que tradicionalmente han poseído u ocupado o

²⁹ Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial, *Observaciones finales del Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial: Canadá*, CERD/C/61/CO/3, 23 de agosto de 2002, párr. 16:

El Comité expresa preocupación por las dificultades con las que pueden tropezar los pueblos indígenas ante los tribunales en relación con la determinación de los títulos aborígenes a la propiedad de la tierra. El Comité toma nota a ese respecto de que hasta la fecha ningún grupo aborígen ha presentado pruebas de poseer títulos aborígenes, y recomienda que el Estado Parte examine medios para facilitar la determinación de las pruebas de la posesión de títulos aborígenes de propiedad de la tierra en los procedimientos ante los tribunales.

³⁰ Véase, por ejemplo, Subcomisión de Promoción y Protección de los Derechos Humanos, *La soberanía permanente de los pueblos indígenas sobre sus recursos naturales: Informe final de la relatora especial Erica-Irene A. Daes*, E/CN.4/Sub.2/2004/30, 13 de julio de 2004, p. 19, párr. 71 (recomendaciones básicas):

Se debe enmendar el proyecto de declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas... Como mínimo, los artículos 25 y 26 del proyecto deben incluir una referencia expresa a los recursos subterráneos y un nuevo texto que proteja los derechos de propiedad aborígenes, así como los derechos a las tierras, territorios y recursos ocupados, usados o adquiridos legalmente de otro modo por los pueblos indígenas [en negrita en el original].

Véase también Comisión Mundial sobre la Dimensión Social de la Globalización, *Por una Globalización Justa: Crear Oportunidades para Todos* (Ginebra, Suiza: Oficina Internacional del Trabajo, 2004), pág. 76, párr. 312:

También deberían reconocerse los derechos previos de los pueblos indígenas sobre las tierras y los recursos que ocupan y alimentan desde tiempos inmemoriales.

utilizado de otra forma y que les hayan sido ~~confiscados~~, **quitados**, ocupados, utilizados o dañados sin su consentimiento **previo**, expresado con libertad y pleno conocimiento. Cuando esto no sea posible, tendrán derecho a una indemnización justa y equitativa. Salvo que los pueblos interesados hayan convenido libremente en otra cosa, la indemnización consistirá en tierras, territorios y recursos de igual cantidad, extensión y condición jurídica.

Los Estados proveerán, conjuntamente con los pueblos indígenas, mecanismos y procedimientos justos, equitativos y efectivos a estos efectos.

Nota explicativa:

El término “confiscados” implica la falta de libre consentimiento informado previo de los pueblos indígenas. Por lo tanto, en el contexto de la frase en su conjunto, sería gramaticalmente más correcto reemplazar “confiscados” por el término “quitados”.

El uso del concepto o principio de “libre consentimiento informado previo” es coherente con la norma que ha surgido en el ámbito internacional en el contexto indígena.

El párrafo adicional refleja el texto que ya ha sido propuesto una serie de Estados para este artículo. Este texto crea una obligación más fuerte para que los Estados establezcan mecanismos de reparación.

Conclusiones

El texto actual del artículo 27 del proyecto de *Declaración de las Naciones Unidas* es totalmente coherente con el derecho internacional y su desarrollo progresivo. Es incorrecta la actitud de algunos Estados que consideran que no existe el “derecho” a la restitución en el derecho internacional. Además, el derecho de los pueblos indígenas a la restitución es coherente con las recomendaciones del tratado principal de las Naciones Unidas por el que se supervisa a los organismos relacionados con los derechos humanos.

Las propuestas por las que se añade la obligación de los Estados de ofrecer “mecanismos eficaces de compensación” podrían ser beneficiosas. Sin embargo, estas propuestas no constituyen un sustituto adecuado del derecho a la restitución de las tierras, territorios y recursos de los pueblos indígenas.

Como nuestras propias enmiendas sugeridas ilustran, las propuestas por las que se crea la obligación de los Estados de establecer “mecanismos eficaces de compensación” pueden ser constructivas – si se conciben para reforzar la determinación y el compromiso de los Estados de compensar eficazmente los desposeimientos pasados y actuales de nuestras

tierras, territorios y recursos. Sin embargo, está claro que algunos Estados no tienen esta intención.

Estas propuestas se están haciendo para eliminar toda referencia al derecho de los pueblos indígenas a la restitución en el derecho internacional. En los casos en que la restitución no es posible, estas propuestas de los Estados también pretenden eliminar las referencias a los derechos a la compensación mediante sustitución de las tierras o de los recursos por otros de calidad, tamaño y régimen jurídico equivalentes.

En el caso de Estados Unidos, las posiciones perjudiciales van más lejos incluso. Con respecto al artículo 27, Estados Unidos propone sustituir el derecho de los pueblos indígenas a la restitución por el derecho a “*emprender demandas* de ... restitución ... indemnización u otras formas de compensación”.³¹ Esto desafía descaradamente cualquier novedad progresiva en el derecho internacional así como las recomendaciones del tratado por el que se supervisa a los organismos relacionados con los derechos humanos.

En las próximas sesiones de elaboración de normas en la ONU y en la OEA seguramente se pueden alcanzar resultados positivos. Esto es especialmente cierto en lo que se refiere a los derechos de los pueblos indígenas a las tierras, territorios y recursos. Sin embargo, es de fundamental importancia que se introduzcan criterios que eliminen la posibilidad de tener en cuenta las propuestas que pudieran ser discriminatorias contra los pueblos indígenas o que podrían debilitar nuestros derechos humanos o nuestra seguridad colectiva.

Como se consagra en el artículo 1 del Pacto Internacional sobre Derechos Humanos, el derecho internacional ya comprende una estructura de principios sobre los derechos humanos para la elaboración de nuestros derechos a las tierras, territorios y recursos. Si los Estados que participan en el actual proceso de elaboración de normas cumplieran solemnemente con sus obligaciones constructivas con arreglo a la *Carta de la ONU* y a los Pactos, podría lograrse una Declaración fuerte y edificante sobre los derechos de los pueblos indígenas.

³¹ Comisión de Derechos Humanos de la ONU, *Informe del Grupo de Trabajo establecido de conformidad con la resolución 1995/32 de la Comisión de Derechos Humanos del 3 de marzo de 1995 en su décima sesión: Adenda*, E/CN.4/2005/89/Add.2, 1º de abril de 2005 (Presidente-relator: Sr. Luis-Enrique Chávez (Perú)), p. 35: “Indigenous peoples have the right to **pursue claims for** the restitution of, **or compensation or other redress for**, the lands, territorios and resources...”[Art. 27, Propuesta de los Estados Unidos].

ANEXO I**Derecho de los pueblos indígenas a la restitución: Textos existentes y en preparación**

Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas (proyecto), Doc. ONU E/CN.4/1995/2; E/CN.4/Sub.2/1994/56, 28 de octubre de 1994, 105-115, *reimpreso en* (1995) 34 I.L.M. 541, artículo 27:

Los pueblos indígenas tienen derecho a la restitución de las tierras, los territorios y los recursos que tradicionalmente han poseído u ocupado o utilizado de otra forma y que les hayan sido confiscados, ocupados, utilizados o dañados sin su consentimiento expresado con libertad y pleno conocimiento. Cuando esto no sea posible, tendrán derecho a una indemnización justa y equitativa. Salvo que los pueblos interesados hayan convenido libremente en otra cosa, la indemnización consistirá en tierras, territorios y recursos de igual cantidad, extensión y condición jurídica.

Convenio (Nº 169) sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes de la OIT, Fecha de adopción: 27 de junio de 1989, Fecha de entrada en vigor: 5 de septiembre de 1991, Art. 16, párr. 4 (reubicación):

Cuando el retorno no sea posible, tal como se determine por acuerdo o, en ausencia de tales acuerdos, por medio de procedimientos adecuados, dichos pueblos deberán recibir, en todos los casos posibles, tierras cuya calidad y cuyo estatuto jurídico sean por lo menos iguales a los de las tierras que ocupaban anteriormente, y que les permitan subvenir a sus necesidades y garantizar su desarrollo futuro. Cuando los pueblos interesados prefieran recibir una indemnización en dinero o en especie, deberá concedérseles dicha indemnización, con las garantías apropiadas.

Carta Africana sobre los Derechos Humanos y de los Pueblos, aprobada el 27 de julio de 1981, OAU Doc. CAB/LEG/67/3 rev. 5, entrada en vigor el 21 de octubre de 1986, Art. 21(2):

En caso de expoliación, el pueblo desposeído tendrá derecho a la recuperación legal de su propiedad así como a una compensación adecuada.

Propuesta del Caucus Indígena, Organización de los Estados Americanos, febrero de 2005, artículo XXIV, párr. 7:

Los Estados no tomarán ni se apropiarán las tierras, territorios o recursos de los pueblos indígenas bajo ninguna circunstancia. Los pueblos indígenas tienen el derecho a la restitución de las tierras, los territorios y los recursos que tradicionalmente han poseído u ocupado o utilizado de otra forma y que les hayan sido confiscados, ocupados, utilizados o dañados sin su consentimiento previo, libre e informado. Cuando esto no sea posible, tendrán derecho a una indemnización que consistirá en tierras de calidad y condición jurídica al menos igual a las de las tierras que ocupaban antes, y adecuadas para responder a sus necesidades actuales y su futuro desarrollo. [traducción no oficial]

[States shall not take or appropriate the lands, territories or resources of Indigenous peoples under any circumstances. Indigenous peoples have the right to restitution of the lands, territories and resources which they have traditionally owned or otherwise occupied, and which have been confiscated, occupied, used or damaged without their free, prior and informed consent. Where this is not possible, they have the right to compensation that shall take the form of lands of quality and legal status at least equal to that of lands previously occupied by them, suitable to provide for their present needs and future development.]

Organización de los Estados Americanos (Grupo de Trabajo encargado de elaborar el Proyecto de Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas), *Texto Consolidado del Proyecto de Declaración Preparado por la Presidencia del Grupo de Trabajo*, OEA/Ser.K/XVI, GT/DADIN/doc.139/03, 17 junio 2003, Art. XII, párr. 2:

Los pueblos indígenas tienen derecho a restitución respecto a la propiedad integrante de dicho patrimonio de la que sean despojados, o cuando ello no fuera posible a una indemnización justa y equitativa.

Propuesta de Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, OEA/Ser/L/ V/.II.95, Doc. 6, 26 de febrero de 1997 (aprobada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos el 26 de febrero de 1997 en su 95^a sesión regular, 1333^a reunión), artículo XVIII, párr. 7:

Los pueblos indígenas tienen derecho a la restitución de las tierras, territorios y recursos de los que han tradicionalmente sido propietarios, ocupado o usado, y que hayan sido confiscados, ocupados, usados o dañados; o de no ser posible la restitución, al derecho de indemnización sobre una base no menos favorable que el estándar de derecho internacional.

**ANEXO II – COMPRENSIÓN DEL ARTÍCULO 27 DEL PROYECTO DE
DECLARACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS**

“Desagravio” [Trad. “redress”] – Satisfacción por una lesión o daños sustentados.³²

“Reparación” – Pago por una lesión o daño; desagravio por algo malo que se hizo.³³

“Restitución” – Acto de restituir; ... reposición de lo que sea a su propietario legítimo; el acto de hacer un bien o dar un equivalente por una pérdida, daño o lesión ...³⁴

“Indemnización” – Resarcimiento; pago por daños; reparar una falta; hacer íntegro; dar un equivalente o sustituir por un valor igual... equivalente que se da por una propiedad tomada o por las lesiones causadas a otros...³⁵

Derecho al desagravio o a la reparación
(incluye restitución y/o indemnización)³⁶



Derecho a la restitución



Cuando esto no sea posible, tendrán derecho a una indemnización



Tierras, territorios y recursos de igual cantidad, extensión y condición jurídica



Salvo que los pueblos interesados hayan convenido libremente en otra cosa,
indemnización económica

³² *Black's Law Dictionary*, 6a ed. (St. Paul: West Publishing Co., 1990), en pág. 1279. [traducción]

³³ *Id.*, en pág. 1298. [traducción]

³⁴ *Id.*, en pág. 1313. [traducción]

³⁵ *Id.*, en pág. 283. [traducción]

³⁶ El derecho al desagravio o reparación está implícito en el Art. 27, ya que el texto incluye explícitamente el derecho de restitución e indemnización.