



Asamblea General

Distr. general
27 de marzo de 2020
Español
Original: inglés
Español, francés, inglés y ruso
únicamente

**Consejo de Derechos Humanos
Mecanismo de Expertos sobre los Derechos
de los Pueblos Indígenas
13^{er} período de sesiones**

8 a 12 de junio de 2020

Tema 3 del programa provisional

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

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

Proyecto de estudio del Mecanismo de Expertos sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas

Resumen

El Mecanismo de Expertos sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas ha preparado el presente proyecto de estudio en cumplimiento de la resolución 33/25 del Consejo de Derechos Humanos.

El proyecto de estudio, que concluye con la Opinión núm. 13 del Mecanismo de Expertos relativa al derecho a la tierra de los pueblos indígenas (véase el anexo), se examinará en el 13^{er} período de sesiones del Mecanismo, que se celebrará en junio de 2020, y se ultimaré para presentarlo al Consejo de Derechos Humanos en su 45^o período de sesiones, que tendrá lugar del 14 de septiembre al 2 de octubre de 2020.



I. Introducción

1. De conformidad con la resolución 33/25 del Consejo de Derechos Humanos, el Mecanismo de Expertos sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas decidió, en su 12º período de sesiones, celebrado en julio de 2019, preparar un estudio sobre los derechos a la tierra de los pueblos indígenas. A tal efecto, organizó un seminario en Pretoria los días 30 de septiembre y 1 de octubre de 2019. Para preparar el presente proyecto de estudio, se han utilizado las ponencias presentadas en el seminario y las comunicaciones de los Estados Miembros, los pueblos indígenas, las instituciones nacionales de derechos humanos, los círculos académicos y otras entidades¹. La Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas es el único instrumento jurídico internacional de derechos humanos que se centra específicamente en la importancia global de las tierras, los territorios y los recursos para los pueblos indígenas. Se basa en instrumentos de derechos humanos y en el Convenio sobre Pueblos Indígenas y Tribales, 1989 (núm. 169) de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), cuyos artículos 13, 14 y 16 son similares a los artículos 25, 26 y 10 de la Declaración.

2. El reconocimiento expreso en la Declaración del derecho de los pueblos indígenas a sus tierras, territorios y recursos tiene por objeto poner remedio a un largo historial de despojo ilegal e injusto, que continúa en la actualidad. El presente proyecto de estudio se propone ayudar a comprender los derechos recogidos en la Declaración (arts. 25 a 28), las obligaciones de los Estados que se derivan de ellos y la práctica de los Estados en relación con la aplicación de tales derechos. Se llevó a cabo con el trasfondo de un aumento de los conflictos relacionados con las tierras indígenas debido a la destrucción, la invasión y la usurpación de tierras, y el correspondiente aumento de la criminalización, el acoso y la violencia contra los defensores de las tierras indígenas². En el estudio no se exponen los aspectos procesales de los derechos sobre la tierra, tema que se ha tratado en estudios anteriores³.

3. El grado de protección de los derechos sobre la tierra varía de una región a otra: algunos Estados han establecido medios avanzados, aunque a menudo demasiado gravosos y complejos, para garantizar la tenencia de la tierra a los pueblos indígenas, mientras que otros no han reconocido en absoluto a los pueblos indígenas y mucho menos su derecho a la tierra. Por lo demás, otros Estados siguen discriminando y persiguiendo a los pueblos indígenas. Las diferencias existentes en lo concerniente a hacer efectivo ese derecho siguen siendo considerables y el hecho de que no se reconozcan los derechos sobre la tierra fomenta la violencia en muchas regiones. La consecución de los Objetivos de Desarrollo Sostenible, varios de los cuales se refieren a los derechos sobre la tierra, brinda a los Estados la oportunidad de garantizar el control de los pueblos indígenas sobre sus tierras, territorios y recursos⁴. El interés que despiertan a nivel internacional el cambio climático y la justicia climática constituye también una oportunidad para reconocer el papel fundamental que desempeñan los pueblos indígenas en la protección del medio ambiente y el mantenimiento de la diversidad biológica⁵.

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

² A/HRC/39/17.

³ A/HRC/15/35, A/HRC/18/42, A/HRC/21/55 y A/HRC/39/62 (arts. 10, 11, 19, 28, 29 y 32).

⁴ Véanse las siguientes metas de los Objetivos de Desarrollo Sostenible 1 y 2: garantizar los mismos derechos a los recursos económicos (meta 1.4); asegurar la sostenibilidad de los sistemas de producción de alimentos y aplicar prácticas agrícolas resilientes (meta 2.4). y mantener la diversidad genética de las semillas y promover el acceso a los beneficios que se deriven de la utilización de los recursos genéticos y los conocimientos tradicionales conexos y su distribución justa y equitativa (meta 2.5).

⁵ Acuerdo de París (art. 7), Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático y Plataforma de las Comunidades Locales y los Pueblos Indígenas.

II. Importancia de los derechos sobre la tierra para los pueblos indígenas y relación entre esos y otros derechos

A. Importancia de los derechos sobre la tierra para los pueblos indígenas

1. La tierra no es una mercancía

4. Para los pueblos indígenas, la tierra no es solo, ni siquiera principalmente, un activo económico. Es el elemento que define su identidad y cultura y su relación con sus antepasados y las generaciones futuras. El acceso a las tierras, territorios y recursos se consigue merced a la pertenencia a la comunidad, no al libre mercado. Para los pueblos indígenas, los derechos sobre la tierra suelen ser transgeneracionales y, por lo tanto, entrañan una obligación de preservación en beneficio de los miembros presentes y futuros de la comunidad y constituyen la base de su continuidad como pueblo⁶. Con arreglo al derecho amazigh, por ejemplo, la tierra se considera no solo una fuente de producción, sino también una forma de refugio, un lugar donde sentirse seguro y el origen del sentimiento de pertenencia y de identidad⁷.

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

5. Los pueblos indígenas tienen sus propias costumbres, tradiciones y sistemas de tenencia de la tierra, que deben respetarse (Declaración, art. 26). Esos sistemas se ven menoscabados por la institucionalización de derechos individuales sobre la tierra, en contraposición a los colectivos, y por el otorgamiento de atribuciones sobre tierras que tradicionalmente han sido propiedad de pueblos indígenas del Estado de que se trate. Cuando el derecho consuetudinario no se incorpora al procedimiento de reconocimiento de títulos, los derechos sobre la tierra de los pueblos indígenas no están totalmente protegidos. En el Paraguay se ha concedido un título de propiedad de la tierra a los pueblos indígenas, pero no sobre la base del uso histórico o las tradiciones de esos pueblos, sino con arreglo a un cálculo de la cantidad de tierra que se necesitaría para mantener la viabilidad económica y cultural de las comunidades⁸. Incluso en los Estados en que la mayoría de las tierras se encuentran en régimen de tenencia consuetudinaria, se eluden las restricciones a la transferencia de títulos de propiedad de la tierra a empresas o particulares, como se ha denunciado en las Islas Salomón, Papua Nueva Guinea, Samoa⁹ y Vanuatu, entre otros países.

3. Derechos colectivos

6. Los derechos sobre las tierras indígenas son derechos colectivos, como se señala en el preámbulo y en el artículo 1 de la Declaración y se pone de manifiesto en los sistemas consuetudinarios de tenencia de la tierra. Los artículos de la Declaración relativos a los derechos sobre la tierra se refieren a los “pueblos indígenas”, en contraposición a los “individuos”, y recogen el derecho colectivo a la libre determinación¹⁰. El respeto de los sistemas consuetudinarios de tenencia de la tierra de los pueblos indígenas y, en particular, la propiedad colectiva de las tierras, los territorios y los recursos ocupan un lugar destacado en la jurisprudencia internacional y regional, como manifestaron la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso *Pueblos Kaliña y Lokono* y la Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos en la causa *Endorois*¹¹. El Congo es el único Estado de

⁶ E/CN.4/1995/WG.15/4.

⁷ Comunicación presentada por varias organizaciones de Marruecos.

⁸ A/HRC/30/41/Add.1.

⁹ A/HRC/WG.6/25/PNG/3. Véase también www.culturalsurvival.org/sites/default/files/media/uprsamoafinal.pdf.

¹⁰ A/HRC/39/62.

¹¹ Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso *Pueblos Kaliña y Lokono vs. Surinam*, sentencia de 25 de noviembre de 2015; y Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, *Centre for*

África que ha promulgado hasta la fecha legislación para reconocer inequívocamente a los pueblos indígenas, incluido su sistema de tenencia colectiva de la tierra¹². Groenlandia, territorio no autónomo de Dinamarca, mantiene su tradición inuit de no tener propiedad privada de la tierra: la tierra es un bien común que nunca puede ser comprado o vendido¹³.

4. Derechos de usufructo y derechos de propiedad

7. La tenencia de la tierra puede dar lugar a que los titulares tengan derechos de usufructo (derecho a utilizar la tierra y beneficiarse de ella, por ejemplo para la caza, la cría de renos y de ganado vacuno y caprino y la pesca), derechos de propiedad o variantes de ambos. Durante los trabajos preparatorios de la Declaración, diversas organizaciones de pueblos indígenas manifestaron que tenían necesidades diferentes en materia de tenencia de la tierra. Era especialmente importante para los pueblos nómadas asegurarse el acceso a los pastos y las tierras de pastoreo para mantener sus rebaños y realizar actividades de subsistencia, como la caza y la pesca. Los pueblos indígenas de África reconocen tradicionalmente tales tierras de pastoreo y pastizales, incluidos los corredores de paso. Para los pueblos más sedentarios, era importante conseguir el reconocimiento de las tierras, los territorios y los recursos a los que estaban vinculados históricamente¹⁴.

8. En todas las regiones, la propiedad de las tierras indígenas sigue estando en su mayor parte en manos del Estado. Algunos Estados, como los Estados Unidos de América, Kenya y Marruecos, tienen tierras en fideicomiso en beneficio de las generaciones actuales y futuras de pueblos indígenas. Sin embargo, la supervisión que ejerce el Ministerio del Interior de Marruecos sobre las tierras colectivas de los amazigh es muy cuestionada por las tribus amazigh y periódicamente se organizan manifestaciones en las que participan decenas de miles de personas¹⁵. En Kenya, el sistema de tierras en fideicomiso no ha resultado adecuado para proteger los derechos de los endorois, según la Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos¹⁶.

9. Los pueblos indígenas suelen tener derechos de usufructo y se les considera beneficiarios¹⁷ y no propietarios de las tierras. Para muchos pueblos indígenas, como los samis en Finlandia, Noruega y Suecia, resulta insatisfactorio¹⁸. Si bien el Gobierno de Finlandia ha indicado que varias leyes contribuyen a garantizar el derecho de los samis a utilizar las tierras de propiedad del Estado para la caza, la cría de renos y la pesca¹⁹, el Parlamento sami ha declarado que todavía no existen disposiciones legislativas que garanticen el derecho de los samis a la tierra, el agua y los recursos naturales²⁰. En Noruega, a raíz del fallo del Tribunal Supremo en la causa *Stjernøy Reindeer Grazing District v. Finnmarkseiendommen*, parece que será difícil demostrar la continuidad, la intensidad y la suficiente exclusividad de uso, necesarias para acreditar los derechos de propiedad sobre la tierra, en contraposición a los derechos de usufructo. Esto contrasta con la situación en el Canadá, donde el Tribunal Supremo decidió, en la causa *Tsilhqot'in Nation v. British Columbia*, que no era necesario demostrar la ocupación y el uso intensivos continuos para que se reconocieran los derechos de propiedad. En el Brasil, los derechos exclusivos de usufructo de los pueblos indígenas sobre sus tierras y recursos naturales, actualmente

Minority Rights Development (Kenya) and Minority Rights Group International on behalf of Endorois Welfare Council v. Kenya, decisión núm. 276/2003, 4 de febrero de 2010.

¹² Congo, Ley núm. 5-2011, arts. 31 y 32. Véase la comunicación de Soyata.

¹³ Comunicación de Groenlandia y Dinamarca.

¹⁴ Claire Charters, "Indigenous peoples' rights to lands, territories, and resources in the UNDRIP: Articles 10, 25, 26 and 27", en *The UN Declaration on the Rights of Indigenous Peoples: A Commentary*, Jessie Hoffman y Marc Weller, editores. (Oxford, Oxford University Press, 2018).

¹⁵ Comunicación presentada por varias organizaciones de Marruecos.

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

¹⁷ Véase, por ejemplo, el Decreto sobre la tierra de Sabah, de 1939 (Malasia).

¹⁸ A/HRC/33/42/Add.3. Véase también CERD/C/SWE/CO/22-23.

¹⁹ Comunicación de Finlandia.

²⁰ Comunicación del Parlamento sami.

garantizados por la Constitución, parecen estar amenazados por el proyecto de ley núm. 191/20 sobre la exploración de recursos naturales en tierras indígenas²¹.

10. Garantizar el acceso a la tierra sigue siendo actualmente una prioridad para las tribus nómadas, dada su movilidad²². En su Marco Normativo para la Ganadería en África, la Unión Africana reconoce, por una parte, la movilidad como un derecho fundamental de los ganaderos (al igual que hace el Código de Ganadería del Níger de 2010) y, por otra, la necesidad de conceder a la población ganadera, es decir, a la gran mayoría de los pueblos indígenas de África, la propiedad comunal de la tierra con carácter prioritario. Por el contrario, para otros pueblos indígenas, como los badjos (nómadas del mar), la ubicación forzosa en la tierra podría tener consecuencias para su supervivencia como pueblo²³.

B. Derechos sobre la tierra y otros derechos

11. La protección de las tierras, los territorios y los recursos naturales es necesaria para garantizar otros derechos de los pueblos indígenas, incluidos los derechos a la vida, la cultura, la dignidad, la salud, el agua y la alimentación. El derecho a la tierra también significa que los pueblos indígenas tienen derecho a condiciones de vida adecuadas, como manifestó la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que reconoció que el hecho de que el pueblo yakye axa fuera sido despojado de sus tierras tradicionales y no tuviera acceso a ellas le impedía directamente acceder a tales condiciones de vida²⁴. El Comité de Derechos Humanos también ha reconocido el derecho a desarrollar un modo de vida particular y actividades económicas tradicionales relacionadas con la tierra (Declaración, art. 27), y ha subrayado que la protección de este derecho tiene por objeto garantizar la preservación y el desarrollo continuo de la identidad cultural de los pueblos indígenas²⁵. El Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales ha afirmado que la marcada dimensión comunitaria de la vida cultural de los pueblos indígenas es indispensable para su existencia e incluye el derecho a las tierras, los territorios y los recursos que tradicionalmente han poseído, ocupado o utilizado o adquirido de otro modo²⁶.

12. Tanto la Corte Interamericana de Derechos Humanos como el Comité de Derechos Humanos reconocen que el derecho a la vida no se limita a la protección contra la pérdida de la vida, y que los Estados deben adoptar medidas positivas para proteger la vida y la integridad física. En el caso *Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay*, la Corte determinó que el despojo había dado lugar a la muerte de 13 personas y que el Estado era responsable de esas muertes²⁷. Según el Comité de Derechos Humanos, la obligación de proteger la vida también implica que los Estados deberían adoptar medidas adecuadas para abordar las condiciones generales en la sociedad que puedan suponer amenazas directas a la vida o impedir a las personas disfrutar con dignidad de su derecho a la vida²⁸. Así pues, los Estados tienen la obligación de hacer frente a situaciones generales como la “la privación de tierras, territorios y recursos de los pueblos indígenas” y la “degradación del medio ambiente”²⁹.

13. Los Estados no pueden desentenderse de los efectos negativos del cambio climático en los modos de vida de los pueblos indígenas y deben reconocer la estrecha relación de

²¹ <http://apib.info/2020/02/12/statement-in-condemnation-of-draft-law-no-19120-on-the-exploration-of-natural-resources-on-indigenous-lands/?lang=en>.

²² A/HRC/EMRIP/2019/2/Rev.1.

²³ Comunicación de Zacot.

²⁴ Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso *Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay*, sentencia, 17 de junio de 2005.

²⁵ Comité de Derechos Humanos, observación general núm. 23 (1994), relativa al derecho de las minorías.

²⁶ Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, observación general núm. 21 (2009), relativa al derecho de toda persona a participar en la vida cultural

²⁷ Véase también Joel E. Correia, “Adjudication and its aftereffects in three Inter-American Court cases brought against Paraguay: indigenous land rights”, *Erasmus Law Review*, núm. 1 (abril de 2018), págs. 43 a 56.

²⁸ Comité de Derechos Humanos, observación general núm. 36 (2019), relativa al derecho a la vida.

²⁹ *Ibid.*

esos pueblos con el medio ambiente³⁰. El Comité de Derechos Humanos ha manifestado la opinión de que las personas que huyen de los efectos del cambio climático y de los desastres naturales no deberían ser devueltas a su país de origen si por el hecho de regresar correrían peligro sus derechos humanos esenciales³¹. El Relator Especial sobre la cuestión de las obligaciones de derechos humanos relacionadas con el disfrute de un medio ambiente sin riesgos, limpio, saludable y sostenible ha destacado que los Estados tienen obligaciones adicionales respecto de los grupos especialmente vulnerables a los daños ambientales, en particular las mujeres, los niños y los pueblos indígenas³².

III. Marco jurídico

14. Los derechos sobre la tierra son anteriores a la Declaración. A nivel internacional y nacional, existían en los instrumentos regionales de derechos humanos (Convención Americana sobre Derechos Humanos, art. 21, y Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, art. 14), y se han interpretado en los tratados de derechos humanos de las Naciones Unidas mucho antes de la aprobación de la Declaración. Todos los derechos de la Declaración son indivisibles e interdependientes y se basan en el derecho general a la libre determinación. Los artículos sobre los derechos sobre la tierra fueron los más importantes para los pueblos indígenas durante la negociación de la Declaración y siguen siendo objeto de estudio³³.

A. Artículo 25

15. El artículo 25 de la Declaración dispone lo siguiente: “Los pueblos indígenas tienen derecho a mantener y fortalecer su propia relación espiritual con las tierras, territorios, aguas, mares costeros y otros recursos que tradicionalmente han poseído u ocupado y utilizado y a asumir las responsabilidades que a ese respecto les incumben para con las generaciones venideras.”

16. En el artículo se destaca la importancia del apego espiritual de los pueblos indígenas a sus tierras y su derecho a seguir las prácticas y tradiciones ligadas a esa relación espiritual. Se reconoce su responsabilidad a los efectos de garantizar que las generaciones futuras también puedan mantener esa relación. Como manifestó la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso *de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua*, “para las comunidades indígenas la relación con la tierra no es meramente una cuestión de posesión y producción sino un elemento material y espiritual del que deben gozar plenamente, inclusive para preservar su legado cultural y transmitirlo a las generaciones futuras”. Durante el proceso de redacción de la Declaración, se suprimieron las palabras “y material” después de la palabra “espiritual” para tener en cuenta la renuencia de algunos Estados a aceptar disposiciones que pudieran conferir a los pueblos indígenas el derecho a adquirir, como resultado de su relación espiritual, la posesión física de tierras, territorios y recursos cuya posesión o propiedad estaba a la sazón en manos de terceros³⁴.

17. La expresión “relación espiritual” debe interpretarse en sentido amplio. Para los pueblos indígenas, la relación espiritual con la tierra es una parte inseparable de cualquier actividad que se realice en ella. No solo abarca las ceremonias espirituales, sino también una amplia gama de otras actividades como la caza, la pesca, el pastoreo y la recolección de

³⁰ Por ejemplo, de conformidad con el artículo 7 del Acuerdo de París, la labor de adaptación debería basarse e inspirarse en la mejor información científica disponible y, cuando corresponda, en los conocimientos tradicionales, los conocimientos de los pueblos indígenas y los sistemas de conocimientos locales.

³¹ Comisión de Derechos Humanos, *Teitiota c. Nueva Zelanda*;

³² A/HRC/25/53, párr. 69.

³³ Claire Charters, “Indigenous peoples’ rights to lands, territories, and resources in the UNDRIP”, pág. 402.

³⁴ *Ibid.*, pág. 411.

plantas, remedios medicinales y alimentos que tienen una dimensión espiritual y forman parte inseparable de su relación espiritual con la tierra.

18. Los pueblos indígenas tienen derecho a “mantener” y “fortalecer” su relación con las tierras, los territorios y los recursos que ya no poseen, pero que poseían y utilizaban en otros tiempos. Para mantener y fortalecer la relación espiritual de los pueblos indígenas con la tierra, tal vez sea necesario garantizar el acceso a esta, proteger o restablecer características específicas o ecosistemas importantes para las costumbres o tradiciones indígenas, e impedir usos y actividades que vayan en detrimento de tales fines. La Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos ha constatado que, sin acceso a sus tierras tradicionales, los endorois no pueden ejercer plenamente sus derechos culturales y religiosos, y se sienten desconectados de su tierra y sus antepasados³⁵. Los ancianos, las mujeres, los jóvenes, los niños y las personas con discapacidad pertenecientes a pueblos indígenas pueden tener diferentes relaciones espirituales y responsabilidades sagradas con la tierra que, de conformidad con el artículo 22 de la Declaración, merecen particular atención.

19. Los pueblos indígenas tienen derecho a sus tierras, territorios y recursos “que tradicionalmente han poseído u ocupado y utilizado”. Ello abarca una serie de relaciones de tenencia de la tierra que ponen de manifiesto la diversidad de las sociedades indígenas de todo el mundo, como la tenencia exclusiva, los derechos de cosecha y pastoreo compartidos o cogestionados y los derechos relativos a la ocupación estacional o irregular de la tierra. También incluyen el derecho tradicional o consuetudinario de los propios pueblos indígenas y se ajustan a los principios del Convenio sobre Pueblos Indígenas y Tribales de la OIT³⁶. El derecho de los pueblos indígenas a mantener y fortalecer su relación espiritual se extiende a todos los recursos, entre ellos las aguas y los mares costeros. El Tribunal Superior de Australia ha reconocido derechos sobre el mar, incluido el derecho a pescar, cazar y recoger recursos para uso personal, doméstico y comunal, y ha reconocido que la tierra en la zona intermareal (la zona entre la línea de pleamar y la línea de bajamar) en el Territorio del Norte podría reclamarse y reconocerse como tierra aborigen³⁷.

B. Artículo 26

1. Artículo 26, párrafo 1

20. El artículo 26, párrafo 1, de la Declaración dispone lo siguiente: “Los pueblos indígenas tienen derecho a las tierras, territorios y recursos que tradicionalmente han poseído, ocupado o utilizado o adquirido”.

21. Esta disposición establece un derecho general aplicable a las tierras, territorios y recursos que los pueblos indígenas han poseído u ocupado o utilizado tradicionalmente. Ahora bien, también se aplica a las tierras, territorios y recursos que los pueblos indígenas “hayan adquirido de otra forma”. Así pues, los derechos sobre la tierra de los pueblos indígenas no se limitan a los territorios respecto de los que exista un historial ininterrumpido de utilización u ocupación, sino que incluyen también las tierras que hayan llegado a ocupar, por ejemplo, como consecuencia de reasentamientos ocurridos en otros tiempos, tanto voluntarios como involuntarios. Podrían incluir las tierras obtenidas después de un reasentamiento, la concertación de un tratado en época moderna o la compra.

22. En el artículo 26, párrafo 1, se consagra un derecho general según el cual los pueblos indígenas no necesitan demostrar la posesión, como sucede en el artículo 26, párrafo 2 (véanse los párrafos 25 a 32 *infra*), para tener derecho a las tierras, territorios y recursos y a la restitución o indemnización por su pérdida. Así lo han declarado

³⁵ *Centre for Minority Rights Development (Kenya) and Minority Rights Group International on behalf of Endorois Welfare Council v. Kenya*.

³⁶ El artículo 8 del Convenio exige que “deberán tomarse debidamente en consideración” las “costumbres” o el “derecho consuetudinario” de los pueblos indígenas y el artículo 17 dispone que “deberán respetarse” sus sistemas de tenencia de la tierra.

³⁷ *Northern Territory v. Arnhem Land Aboriginal Land Trust*, 30 de julio de 2008, y *Commonwealth v. Yarmirr*, 11 de octubre de 2001.

categoricamente los tribunales interamericanos y africanos de derechos humanos. En la causa *Endorois*, la Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos afirmó, entre otras cosas, que:

Los integrantes de pueblos indígenas que hayan perdido involuntariamente la posesión de sus tierras, cuando estas hayan sido transferidas legalmente a terceros de buena fe, tienen derecho a la restitución de las mismas o a obtener otras tierras de igual extensión y calidad. Por consiguiente, la posesión no es una condición necesaria para la existencia de los derechos de restitución de las tierras indígenas³⁸.

A pesar de que Kenya no es firmante de la Declaración, la Corte Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos y la Comisión Africana se inspiraron concretamente en la Declaración.

23. Los pueblos indígenas tienen derecho a la propiedad y la utilización de los recursos al igual que tienen derecho a ser propietarios de sus tierras y territorios. En el caso *del Pueblo Saramaka vs. Surinam*, la Corte Interamericana de Derechos Humanos determinó que los pueblos indígenas tenían derechos a los recursos naturales relacionados con su cultura que se encontraran en sus tierras y territorios y que “sin ellos, la supervivencia económica, social y cultural de dichos pueblos está en riesgo”. Como manifestó el Relator Especial sobre los derechos de los pueblos indígenas, en los casos en que los pueblos indígenas son propietarios de todos los recursos existentes dentro de sus tierras, incluidos los recursos minerales y otros recursos del subsuelo, también tienen derecho a extraerlos y explotarlos³⁹. Además, cuando el Estado reclama la propiedad de los recursos del subsuelo, u otros recursos, en virtud de la jurisdicción interna, los pueblos indígenas tienen derecho a emprender sus propias iniciativas para extraer y explotar los recursos naturales de sus territorios, por lo menos en las condiciones generalmente permitidas por el Estado a otros actores⁴⁰. Esa es la práctica seguida en Alaska (Estados Unidos), cuya población autóctona ha recibido el 10,7 % de la superficie terrestre, incluidos los derechos sobre el subsuelo⁴¹.

24. Antes de la aprobación de la Declaración, algunos tribunales nacionales ya habían reconocido los derechos de los pueblos indígenas sobre las tierras que tradicionalmente eran de su propiedad u ocupaban sin tener la posesión. En 2003, el Tribunal Constitucional de Sudáfrica reconoció que los pueblos indígenas mantenían la propiedad de las tierras tradicionales que habían ocupado antes de la colonización, a pesar de los cambios en el régimen jurídico. El Tribunal consideró como prueba el derecho consuetudinario de la época precolonial. En 2002, en la causa *Kerajaan Negeri Selangor and others v. Sagong Tasi and others*, el Tribunal Superior de Selangor, que era un tribunal estatal de Malasia, reconoció la existencia del título de propiedad de las tierras sobre la base de la ocupación exclusiva y continua por los orang asli de sus tierras ancestrales desde tiempos inmemoriales⁴².

2. Artículo 26, párrafo 2

25. El artículo 26, párrafo 2, de la Declaración dispone lo siguiente: “Los pueblos indígenas tienen derecho a poseer, utilizar, desarrollar y controlar las tierras, territorios y recursos que poseen en razón de la propiedad tradicional u otro tipo tradicional de ocupación o utilización, así como aquellos que hayan adquirido de otra forma”.

26. Desde 1997, el Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial ha utilizado una redacción similar al referirse al derecho de los pueblos indígenas a la propiedad, la explotación, el control y la utilización de sus tierras, territorios y recursos comunales de

³⁸ *Centre for Minority Rights Development (Kenya) and Minority Rights Group International on behalf of Endorois Welfare Council v. Kenya*, párr. 209.

³⁹ A/HRC/24/23, párr. 9;

⁴⁰ *Ibid.*

⁴¹ Katja Göcke, “Recognition and enforcement of indigenous peoples’ land rights in Alaska, the northern regions of Canada, Greenland and Siberia and the Russian Far East”, *Yearbook of Polar Law Online*, vol. 4, núm. 1 (2012), págs. 279 a 304.

⁴² Derek Inman, “From the global to the local: the development of indigenous peoples’ land rights internationally and in Southeast Asia”, *Asian Journal of International Law*, vol. 6, núm. 1 (2016), págs. 46 a 88.

conformidad con el derecho consuetudinario y los sistemas tradicionales de tenencia de la tierra y a la participación en la explotación, gestión y conservación de los recursos naturales conexos⁴³. En las causas *Sawhoyamaxa* y *Endorois*, los órganos regionales de derechos humanos han interpretado los instrumentos regionales a la luz de los derechos recogidos en la Declaración⁴⁴. En la causa *Endorois*, la Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos llegó a la conclusión de que la posesión tradicional de la tierra por los pueblos indígenas debía reconocerse y protegerse junto con el título de pleno dominio garantizado por el Estado⁴⁵. En el caso *de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni*, la Corte Interamericana de Derechos Humanos declaró que los “derechos de propiedad creados por las prácticas y normas consuetudinarias indígenas [...] deben ser protegidos “y que “[el] no reconocer la igualdad de los derechos de propiedad basados en la tradición indígena es contrario al principio de no discriminación”. En el caso *Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos c. Kenya*, la Corte Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos reconoció el derecho de los ogieks sobre el bosque Mau de Kenya como su hogar ancestral. La protección del bosque Mau no podía justificar el desalojo de los ogieks de su hogar ancestral. La Corte Africana también se pronunció sobre el significado del artículo 26, párrafo 2, de la Declaración y afirmó, que, sin excluir el derecho de propiedad en el sentido tradicional, esa disposición hacía más hincapié en los derechos de posesión, ocupación y utilización de la tierra.

27. Al interpretar la Constitución de Belice, la Corte de Justicia del Caribe y el Tribunal Supremo de Belice han invocado la Declaración a los efectos de proteger los derechos del pueblo maya sobre sus tierras tradicionales. En 2007, el Presidente del Tribunal Supremo, en la causa *Aurelio Cal et al. v. Attorney General of Belize*, consideró que el artículo 26 de la Declaración tenía especial trascendencia y relevancia en el contexto de esa causa, ya que, a su juicio, ponía de manifiesto el creciente consenso y los principios generales del derecho internacional en relación con los pueblos indígenas y sus tierras y recursos. Además, determinó que las comunidades mayas de Conejo y Santa Cruz poseían títulos consuetudinarios sobre sus tierras y ordenó al Gobierno que respetara y demarcara su territorio.

28. Otros tribunales nacionales también han reconocido la propiedad tradicional como forma legítima de tenencia de la tierra. En 2014, el Tribunal Supremo del Canadá llegó a la conclusión de que había pruebas suficientes de la propiedad y el dominio consuetudinarios de la nación *tsilhqot'in*, al menos en gran parte de su territorio tradicional, a los efectos de que se reconocieran y protegieran los derechos de la nación como forma contemporánea de titularidad de la tierra⁴⁶. En 2011, en la causa *Nordmaling*, el Tribunal Supremo de Suecia examinó los derechos de los pastores de renos *samis* sobre la base de los derechos consuetudinarios y no de acuerdo con el derecho estatal tradicional de la prescripción inmemorial⁴⁷. En 2009, el Tribunal Supremo del Brasil afirmó la constitucionalidad de las tierras de Raposa Serra do Sol, demarcadas diez años antes por el Estado, y ordenó al Gobierno que reanudara la expulsión de todos los colonos no indígenas⁴⁸.

29. En cuanto al período durante el cual se requiere tener la posesión para que un Estado tenga la obligación de reconocer legalmente los derechos de los pueblos indígenas en virtud del artículo 26 de la Declaración, la Corte Interamericana de Derechos Humanos consideró, en el caso *Mayagna (Sumo) Awas Tingni*, que los patrones tradicionales y ancestrales de

⁴³ CERD/C/KEN/CO/5-7, párr. 20 b). Véase también la recomendación general núm. 23 (1997) del Comité, relativa a los derechos de los pueblos indígenas.

⁴⁴ Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso *Comunidad Indígena Sawhoyamaxa vs. Paraguay*, sentencia de 29 de marzo de 2006, párr. 138. Véase también *Centre for Minority Rights Development (Kenya) and Minority Rights Group International on behalf of Endorois Welfare Council v. Kenya*.

⁴⁵ *Centre for Minority Rights Development (Kenya) and Minority Rights Group International on behalf of Endorois Welfare Council v. Kenya*, párr. 209.

⁴⁶ *Tsilhqot'in Nation v. British Columbia*.

⁴⁷ Se define como la situación en la que un bien o derecho ha sido disfrutado y ejercido durante tanto tiempo que nadie recuerda cuándo se originó el derecho. Véase www.loc.gov/law/foreign-news/article/sweden-court-recognizes-exclusive-fishing-rights-of-sami-village.

⁴⁸ www.forestpeoples.org/en/location/brazil/news/2009/05/supreme-court-upholds-raposa-serra-do-sol-indigenous-area.

uso y ocupación eran suficientes para generar esa obligación. No era necesario probar la posesión continua durante un largo período de tiempo que se remontaba al momento de la transferencia de la soberanía. El hecho de que el pueblo awas tingni no hubiera poseído las tierras en cuestión de manera constante y con formas de vida sedentarias no le impedía reivindicar el título. Análogamente, para el Tribunal Supremo del Canadá no era necesario, en la causa *Tsilhqot'in*, demostrar la ocupación y utilización continuas e intensivas de la tierra, como en el caso de los emplazamientos de las aldeas. Para ese pueblo históricamente nómada, tales requisitos habrían desvirtuado sus pretensiones sobre el título. No obstante, en Australia, las reclamaciones presentadas con arreglo a la Ley de Títulos de Propiedad de los Aborígenes deben acreditar la relación ininterrumpida de los reclamantes con la tierra desde la invasión/primer contacto. Se trata de un requisito oneroso, habida cuenta del historial del país en materia de despojo y desalojo forzoso de las tierras y de los largos períodos de protección o segregación racial obligatoria.

3. Artículo 26, párrafo 3

30. El artículo 26, párrafo 3, de la Declaración dispone lo siguiente: “Los Estados asegurarán el reconocimiento y protección jurídicos de esas tierras, territorios y recursos. Dicho reconocimiento respetará debidamente las costumbres, las tradiciones y los sistemas de tenencia de la tierra de los pueblos indígenas de que se trate”.

31. Los Estados deben adoptar medidas para dotar de reconocimiento y protección de carácter jurídico a las tierras, los territorios y los recursos indígenas, al tiempo que respetan las costumbres, las tradiciones y los sistemas de tierras de esos pueblos. El derecho recogido en esa disposición se considera equivalente a un título de pleno dominio otorgado por el Estado y da derecho a los pueblos indígenas a exigir el reconocimiento oficial y el registro del título de propiedad. Como indicó la Relatora Especial sobre los derechos de los pueblos indígenas, el punto de partida de la adopción de cualquier medida para delimitar y reconocer los derechos de esos pueblos a la tierra y los recursos deben ser sus propios sistemas consuetudinarios de utilización y tenencia⁴⁹. Ello se logra a menudo mediante la demarcación, el trazado, el levantamiento de mapas y la concesión de títulos. Como ha afirmado la Corte Interamericana de Derechos Humanos, “el reconocimiento meramente abstracto o jurídico de las tierras, territorios o recursos indígenas carece prácticamente de sentido si no se ha establecido y delimitado físicamente la propiedad”⁵⁰. En el caso *Pueblos Kalina y Lokono*, la Corte ordenó a Suriname que delimitara y demarcara el territorio tradicional de esos pueblos, les concediera un título de propiedad colectivo y les garantizara el uso y disfrute efectivos del territorio⁵¹. Análogamente, la Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos ha pedido que se reconozcan oficialmente los derechos de los indígenas a la tierra y se registre el título de propiedad⁵².

32. El respeto de los sistemas de tenencia de la tierra de los pueblos indígenas debe incluir el respeto de las costumbres y tradiciones de esos pueblos cuando se proceda a regular el suelo. Como ha señalado la Relatora Especial sobre los derechos de los pueblos indígenas, aunque en muchos países existen tribunales indígenas y mecanismos informales consuetudinarios, a menudo el sistema jurídico estatal no los reconoce⁵³. Ello es así a pesar de que las prácticas consuetudinarias constituyen un elemento clave para resolver las controversias entre los individuos y las comunidades indígenas, como las controversias sobre tierras⁵⁴. En Vanuatu, las reformas constitucionales han dado lugar a que la jurisdicción sobre las tierras pase del sistema judicial ordinario a las *nakamals*

⁴⁹ A/HRC/33/42/Add.3.

⁵⁰ Caso *Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay*, párr. 143.

⁵¹ En 2018, tras ese caso, el Gobierno creó la Comisión Presidencial sobre los Derechos de la Tierra, que a su vez estableció tres comisiones principales: una para la redacción de leyes sobre los derechos colectivos sobre la tierra, otra para la demarcación de los territorios tradicionales y otra para la difusión de información sobre los derechos de los indígenas entre la población en general.

⁵² *Centre for Minority Rights Development (Kenya) and Minority Rights Group International on behalf of Endorois Welfare Council v. Kenya*, párr. 209.

⁵³ A/HRC/42/37.

⁵⁴ *Ibid.*

(instituciones consuetudinarias)⁵⁵. En Kenya, la Comisión Nacional de Tierras promueve la utilización de mecanismos tradicionales de solución de controversias en los conflictos relacionados con la tierra⁵⁶. En los Estados Unidos, las tribus pueden ejercer en cierta medida el control y la aplicación de sus leyes sobre sus tierras, pero ese control suele ser limitado: la nación cherokee, por ejemplo, posee tierras en “régimen de titularidad restringida”, lo que significa que esa nación sigue necesitando el permiso del Gobierno federal para transferir tales tierras. En 2013, en la República Bolivariana de Venezuela, el pueblo huottoja estableció una jurisdicción indígena especial no solo para el control y la gestión del territorio, sino también para la administración de justicia⁵⁷.

C. Artículo 27

33. El artículo 27 de la Declaración dispone lo siguiente:

Los Estados establecerán y aplicarán, conjuntamente con los pueblos indígenas pertinentes, un proceso equitativo, independiente, imparcial, abierto y transparente, en el que se reconozcan debidamente las leyes, tradiciones, costumbres y sistemas de tenencia de la tierra de los pueblos indígenas, para reconocer y adjudicar los derechos de los pueblos indígenas en relación con sus tierras, territorios y recursos, comprendidos aquellos que tradicionalmente han poseído u ocupado o utilizado. Los pueblos indígenas tendrán derecho a participar en este proceso.

34. En cooperación con los pueblos indígenas, los Estados deben establecer y aplicar un proceso para reconocer y proteger jurídicamente los derechos de los pueblos indígenas sobre sus tierras, territorios y recursos, ya sean los que tradicionalmente hayan sido de su propiedad o hayan ocupado o utilizado en otras épocas, pero que en la actualidad no posean, ya sea los posean en el momento presente. Esto forma parte del requisito más general de la reparación, que figura en el artículo 28 (véase más abajo). El acuerdo de incluir en la Declaración la obligación de establecer procedimientos para reconocer y adjudicar los derechos sobre la tierra fue una solución de avenencia para no incluir un derecho específico sobre las tierras, los territorios y los recursos perdidos en otros tiempos⁵⁸.

35. Como se dispone en el artículo 27, el proceso para ofrecer protección jurídica debe ser equitativo, independiente, imparcial, abierto y transparente, y reconocer debidamente las leyes, costumbres y sistemas de utilización de la tierra de los pueblos indígenas. En el artículo no se indica si los Estados deben establecer un proceso específico para resolver las controversias sobre los derechos de las tierras indígenas. Sin embargo, cuando los Estados recurren a otros mecanismos, como los tribunales, se plantean cuestiones legítimas sobre hasta qué punto esos mecanismos son accesibles a los pueblos indígenas, su capacidad para atenerse debidamente a las leyes y tradiciones indígenas y la probabilidad de lograr una solución oportuna⁵⁹.

D. Artículo 46

36. La limitación general de la capacidad de los Estados para restringir los derechos de los indígenas en virtud del artículo 46, párrafos 2 y 3, de la Declaración es pertinente a efectos de la aplicación de todos los artículos mencionados en el contexto de los derechos y

⁵⁵ Siobhan McDonnell, “Building a pathway for successful land reform in Solomon Islands” (Canberra, Universidad Nacional de Australia, 2015), págs. 34 y 35.

⁵⁶ Albert Kwokwo Barume, *Land Rights of Indigenous Peoples in Africa* (Copenhague, Grupo Internacional de Trabajo sobre Asuntos Indígenas, 2014).

⁵⁷ <https://porlatierra.org/docs/c5650a3f50d60f9e7ca9f0aab1e9dce3.pdf>.

⁵⁸ Claire Charters, “Indigenous peoples’ rights to lands, territories, and resources in the UNDRIP”, pág. 143.

⁵⁹ Corte Interamericana de Derechos Humanos, informe núm. 105/09 sobre la admisibilidad de la petición 592-07 relativa al Grupo de Tratado Hul’qumi’num, Canadá (30 de octubre de 2009), párr. 39.

concesiones otorgados a terceros no indígenas. Toda restricción de los derechos de los indígenas debe estar establecida por ley y debe ser necesaria, proporcionada, no discriminatoria, tener por objeto el logro de un objetivo legítimo en una sociedad democrática y estar definida dentro de un marco general de respeto de los derechos humanos⁶⁰. La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha aplicado principios similares, ya que ha afirmado que la resolución adecuada de las controversias entre los pueblos indígenas y terceros debe considerar, caso por caso, “la legalidad, necesidad, proporcionalidad y el logro de un objetivo legítimo en una sociedad democrática”⁶¹. Dada la importancia de los derechos sobre la tierra para una serie de derechos humanos y para la supervivencia de los pueblos indígenas, sería difícil establecer limitaciones válidas de los derechos que tuvieran el efecto de perjudicar el uso que hacen los pueblos indígenas de sus tierras, territorios y recursos⁶².

E. Artículo 22

37. Debe prestarse especial atención a los derechos y necesidades especiales de los ancianos, las mujeres, los jóvenes, los niños y las personas con discapacidad indígenas al aplicar todos los derechos de la Declaración, ya que esos grupos se ven afectados de manera desproporcionada cuando no se hacen plenamente efectivos los derechos sobre la tierra. A menudo se pasa por alto el papel crucial de la mujer en la protección de la tierra. Como ha señalado la Relatora Especial sobre los derechos de los pueblos indígenas, la apropiación de tierras no es imparcial con respecto al género⁶³. Las mujeres indígenas a menudo se enfrentan a formas entrecruzadas de discriminación y no suelen tener acceso en igualdad de condiciones con los hombres a la propiedad, la posesión y el control de la tierra⁶⁴. Esto a menudo genera dificultades para obtener préstamos y mantener el control de los productos agrícolas. Según la Relatora Especial:

En las comunidades indígenas en donde existe el matriarcado y las prácticas matrilineales, la pérdida de tierras menoscabará asimismo la condición y las funciones de las mujeres indígenas. Los efectos de género de tales violaciones quedan manifiestos en situaciones en donde las mujeres indígenas pierden sus medios de subsistencia tradicionales, como, entre otros, la recolección de alimentos, la producción agrícola, el pastoreo, mientras que la compensación y los puestos de trabajo tras la confiscación de la tierra tienden a beneficiar a los hombres de las comunidades indígenas⁶⁵.

F. Reparación⁶⁶

Artículo 28

38. El artículo 28, párrafo 1, de la Declaración dispone lo siguiente: “Los pueblos indígenas tienen derecho a la reparación, por medios que pueden incluir la restitución o, cuando ello no sea posible, una indemnización justa y equitativa, por las tierras, los territorios y los recursos que tradicionalmente hayan poseído u ocupado o utilizado y que hayan sido confiscados, tomados, ocupados, utilizados o dañados sin su consentimiento libre, previo e informado”. El artículo 28, párrafo 2, dispone lo siguiente: “Salvo que los pueblos interesados hayan convenido libremente en otra cosa, la indemnización consistirá en tierras, territorios y recursos de igual calidad, extensión y condición jurídica o en una indemnización monetaria u otra reparación adecuada”.

⁶⁰ A/HRC/39/62.

⁶¹ Caso *Comunidad Indígena Sawhoyamaya vs. Paraguay*, párr. 143.

⁶² A/HRC/24/41, párrs. 35 y 36;

⁶³ A/HRC/30/41.

⁶⁴ Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, recomendación general núm. 34 (2016), relativa a los derechos de las mujeres rurales.

⁶⁵ A/HRC/30/41.

⁶⁶ A/HRC/39/62.

39. Los pueblos indígenas deben recibir una reparación por las violaciones de sus derechos sobre la tierra, que incluyen la confiscación de tierras, territorios y recursos y la ocupación, el uso o el daño de tierras, territorios y recursos sin su consentimiento libre, previo e informado⁶⁷. Del uso del tiempo verbal en pasado se desprende claramente que el artículo 28, párrafo 1, se aplica retroactivamente, a pesar de los debates sobre la cuestión durante los trabajos preparatorios de la Declaración⁶⁸. El derecho a la reparación por los perjuicios sufridos en otras épocas también puede basarse en el hecho de que los pueblos indígenas siguen sufriendo los efectos de esos perjuicios. Así pues, reclaman una reparación por un perjuicio que están experimentando en la actualidad, lo que se asemeja al argumento de “violación persistente” del Comité de Derechos Humanos⁶⁹.

40. Las reparaciones deben ser “consensuadas con los pueblos interesados, conforme a sus propios procedimientos de consulta, valores, usos y derecho consuetudinario” y deben cumplir el propósito de la *restitutio in integrum*, que consiste en “el restablecimiento de la situación anterior a la violación”⁷⁰. En la causa *Endorois*, la Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos determinó que el Gobierno de Kenya no había proporcionado una reparación suficiente por el desalojo de los endorois ni había incluido a esa comunidad en los procesos de desarrollo pertinentes⁷¹.

41. Toda reparación por violaciones de los derechos humanos debe ser accesible, eficaz y oportuna. Deben eliminarse todos los obstáculos a la participación y la presentación de pruebas. Los procedimientos deben ser lo suficientemente eficaces como para reducir al mínimo el riesgo de que se produzcan más daños⁷² y deben servir para garantizar el cumplimiento de la decisión definitiva⁷³. La Corte Interamericana de Derechos Humanos se ha pronunciado sobre la duración de las reclamaciones de tierras. Ha determinado que tanto el caso *Sawhoyamaya*, que duró 13 años, como el caso *Xákmok Kásek*, que duró 11 años y concluyó sin una resolución clara, fueron sustanciados de manera poco razonable, dada su larga duración, y que debería haberse proporcionado una reparación jurídica adecuada⁷⁴. En 2018, la Corte determinó que el Brasil era responsable de violar el derecho a la protección judicial y el derecho a la propiedad del pueblo indígena xukuru debido a un retraso de más de 16 años en la finalización de la demarcación de las tierras y en la expulsión de los ocupantes no indígenas. La Corte consideró que la sentencia era una forma de reparación en sí misma, decidió que se pagara 1 millón de dólares de los Estados Unidos en concepto de indemnización y que se adoptaran las medidas necesarias para terminar de retirar a los intrusos no autóctonos y prevenir nuevas intrusiones⁷⁵.

42. Cuando las tierras se han perdido frente a terceros, los derechos de los pueblos indígenas se mantienen mientras la base espiritual y material de la identidad indígena esté respaldada por su relación única con sus tierras tradicionales, como lo expresó la Corte Interamericana de Derechos Humanos en los casos *Yakye Axa* y *Sawhoyamaya*. La Corte

⁶⁷ *Ibid.* Véanse también el principio 11 de los Principios y Directrices Básicos sobre el Derecho de las Víctimas de Violaciones Manifiestas de las Normas Internacionales de Derechos Humanos y de Violaciones Graves del Derecho Internacional Humanitario a Interponer Recursos y Obtener Reparaciones y la observación general núm. 31 (2004) del Comité de Derechos Humanos, relativa a la índole de la obligación jurídica general impuesta a los Estados partes en el Pacto, párr. 8.

⁶⁸ Federico Lenzerini, “International assistance, reparations and redress”, *The UN Declaration on the Rights of Indigenous Peoples: A Commentary*, Jessie Hohmann y Marc Weller, editores. (Oxford, Oxford University Press, 2018), pág. 590.

⁶⁹ Caso *Comunidad Indígena Sawhoyamaya vs. Paraguay y Anton c. Argelia* (CCPR/C/88/D/1424/2005).

⁷⁰ Caso *Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay*, párrs. 151 y 181.

⁷¹ *Centre for Minority Rights Development (Kenya) and Minority Rights Group International on behalf of Endorois Welfare Council v. Kenya*.

⁷² Comisión Interamericana de Derechos Humanos, informe núm. 40/04, caso núm. 12.053, sobre el fondo de la petición presentada por las comunidades indígenas mayas del distrito de Toledo, Belice (12 de octubre de 2004), párr. 176.

⁷³ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso *del Pueblo Saramaka vs. Suriname*, párr. 105.

⁷⁴ Joel E. Correia, “Adjudication and its aftereffects in three Inter-American Court cases brought against Paraguay: indigenous land rights” y caso *Comunidad Indígena Xákmok Kásek. vs. Paraguay*, sentencia de 24 de agosto de 2010.

⁷⁵ Caso *Pueblo Indígena Xucuru y sus miembros vs. Brasil*, sentencia de 5 de febrero de 2018.

también señaló que, para resolver adecuadamente esas controversias, debía tenerse en cuenta el hecho de que los intereses no indígenas a menudo podían abordarse de manera apropiada mediante una indemnización financiera, mientras que, en el caso de los pueblos indígenas, la relación con la tierra era espiritual y fundamental para la identidad y la supervivencia y, por lo tanto, generalmente era insustituible⁷⁶. Así pues, el tipo de reparación preferido es claramente la restitución. Los órganos de las Naciones Unidas creados en virtud de tratados también han señalado que es necesario devolver las tierras de las que se privó a los pueblos indígenas sin su consentimiento libre, previo e informado⁷⁷.

43. En los casos en que no sea posible la restitución, debe proporcionarse una indemnización justa y equitativa. La indemnización no debe limitarse a sumas de dinero, sino que también debe adoptar la forma de tierras alternativas similares, iguales en calidad, tamaño y condición jurídica o, si los pueblos indígenas interesados lo acuerdan libremente, otras formas de indemnización o reparación. Como destacó el Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial, la indemnización “en la medida de lo posible, deberá ser en forma de tierras y territorios”⁷⁸. En caso contrario, se debe proporcionar una indemnización pecuniaria justa y equitativa. En *Kerajaan Negeri Selangor and others v. Sagong Tasi and others*, el Tribunal Superior de Selangor llegó a la conclusión de que Malasia tenía el deber de indemnizar a la comunidad orang asli por la expropiación de sus tierras ancestrales⁷⁹. Los Estados también deben adoptar medidas que permitan la restauración de los territorios degradados y contaminados debido a proyectos de desarrollo⁸⁰.

44. Para que sea justa y equitativa, la indemnización debe ser proporcional a los daños y perjuicios sufridos, tanto pecuniarios como no pecuniarios. Cuando hubo de determinar la cuantía de una indemnización por los daños y perjuicios causados, el Tribunal Superior de Australia confirmó una importante indemnización (2,53 millones de dólares australianos) por los daños y perjuicios económicos y culturales sufridos por los pueblos ngaliwurru y nungali como consecuencia de los actos de extinción ocurridos en otras épocas en el marco de la primera resolución judicial relativa al pago de una indemnización por el título de propiedad de los nativos⁸¹. El importe consistía en el valor de mercado de la tierra y en una cantidad sustancial por intereses y pérdidas culturales. Los jueces encargados de la causa reconocieron la dificultad de asignar un valor pecuniario a la naturaleza esencialmente espiritual de la relación de los aborígenes con la tierra y la correspondiente gravedad de los daños sufridos y trataron de determinar una indemnización justa por las pérdidas no pecuniarias, de manera que se respetaran el derecho tradicional y su importancia.

45. Algunos Estados cuentan con disposiciones en materia de indemnizaciones. Por ejemplo, el artículo 105 de la Constitución de Noruega dispone que, si el bienestar del Estado exige que una persona entregue sus bienes muebles o inmuebles para el uso público, dicha persona recibirá una indemnización completa del Tesoro. Eso incluye la expropiación⁸². Otros Estados, como el Canadá, solo ofrecen una indemnización pecuniaria por las tierras privatizadas. Eso se critica, ya que hace recaer sobre los pueblos indígenas la carga de negociar la recompra de las tierras. Surgieron complicaciones similares con respecto a los derechos de terceros en la ejecución de las sentencias en los casos *Yakye Axa* y *Sawhoyamaxa*⁸³.

⁷⁶ Caso *Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay*, párrs. 146 a 148.

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

⁷⁸ Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial, recomendación general núm. 23.

⁷⁹ Derek Inman, “From the global to the local: the development of indigenous peoples’ land rights internationally and in Southeast Asia”.

⁸⁰ Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Derechos de los Pueblos Indígenas y Tribales sobre sus Tierras Ancestrales y Recursos Naturales. Normas y jurisprudencia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos* (2010), párr. 216.

⁸¹ Australia, Tribunal Superior, *Northern Territory v. Mr. A. Griffiths (deceased) and Lorraine Jones on behalf of the Ngaliwurru and Nungali Peoples*, 13 de marzo de 2019. Véase también la comunicación de Australia.

⁸² Comunicación de Noruega.

⁸³ Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, observación general núm. 21.

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

46. En la mayoría de los Estados, se plantea la cuestión de la seguridad de la tenencia de los pueblos indígenas. Diversos Estados han establecido diferentes mecanismos para reconocer los derechos de tenencia de la tierra y someterlos a la consideración de los tribunales, y prevén diferentes formas de uso y propiedad. Si bien muchos de esos mecanismos contribuyen en cierta medida a hacer respetar el artículo 27 de la Declaración, la mayoría se ven obstaculizados por la complejidad de los procesos y la gran cantidad de derechos y partes interesadas que intervienen.

A. Tratados y acuerdos, y tierras reservadas

47. En algunos Estados, como el Canadá, los Estados Unidos y Nueva Zelanda, los Gobiernos y los pueblos indígenas han negociado, tanto en épocas pretéritas como contemporáneas, tratados y otros acuerdos sobre la base de los cuales los pueblos indígenas pueden reivindicar sus derechos sobre la tierra. En el Canadá se han concertado 26 acuerdos generales en los que se reafirma el título de propiedad indígena de aproximadamente 600.000 km² de tierras⁸⁴. En concreto, en Columbia Británica se estableció la Comisión de Tratados para facilitar su negociación. En consecuencia, entre 1992 y 2019 se concertaron tres tratados con siete naciones indígenas en el marco de las negociaciones del tratado de Columbia Británica. El 4 de septiembre de 2019 se estableció la Política de Reconocimiento y Reconciliación de Derechos para las Negociaciones de Tratados en Columbia Británica, formulada conjuntamente por el Estado y las naciones indígenas participantes, y basada en la Declaración⁸⁵.

48. Sin embargo, la interpretación que hacen los pueblos indígenas y los Estados de esos tratados y acuerdos suele diferir considerablemente, como en el caso del Tratado de Waitangi, que está redactado en dos idiomas⁸⁶. Los procesos suelen ser lentos, engorrosos y costosos. No siempre se cumplen los acuerdos y es posible que las tierras indígenas no estén protegidas hasta que se resuelvan las reclamaciones sobre ellas. En Guatemala, no se han llevado a la práctica los acuerdos firmados durante el Proceso de Paz, en 1995 y 1996, que prevén la restitución de las tierras comunales indígenas⁸⁷.

B. Constituciones, leyes y órganos

49. Algunos Estados, como la Argentina, Bolivia (Estado Plurinacional de), el Brasil, Camboya, Colombia, el Ecuador, México y el Paraguay, reconocen expresamente en sus Constituciones nacionales el derecho sobre la tierra y los territorios de los pueblos indígenas. Esos Estados también han aprobado numerosos instrumentos legislativos y directrices para poner en práctica tales derechos, que incluyen el reconocimiento de la obligación no solo de demarcar, sino también de proteger esos territorios y el derecho de los pueblos indígenas a controlar y administrar sus tierras y recursos. Por ejemplo, Colombia ha puesto en marcha “planes de vida” para sus pueblos indígenas y el Brasil ha establecido *planos de gestão territorial* en el marco de su política nacional de medio ambiente. El Ecuador cuenta con numerosas leyes, pero, al parecer, no ha reconocido ni garantizado materialmente el derecho de los pueblos indígenas sobre la tierra, ya que carece de una política pública concreta⁸⁸. En el Paraguay se da una situación similar: aunque

⁸⁴ www.rcaanc-cirnac.gc.ca/eng/1100100028574/1529354437231.

⁸⁵ Comunicación de Celeste Haldane.

⁸⁶ Jacinta Ruru, Paul Scott y Duncan Webb, *The New Zealand Legal System: Structures and Processes*, sexta edición (Wellington, LexisNexis New Zealand Limited, 2016), pág. 223.

⁸⁷ Jeremy Armon, Rachel Sieder y Richard Wilson, editores, “Negotiating rights: the Guatemalan Peace Process”, *Accord*, vol. 2 (1997).

⁸⁸ Comunicación del Ecuador.

entre 2010 y 2014 se entregaron 283.000 ha de tierra a comunidades indígenas, muchas de ellas no tienen un título oficial de propiedad sobre ellas⁸⁹.

50. En sus leyes, otros Estados reconocen a los pueblos indígenas y su derecho sobre la tierra: por ejemplo, Filipinas lo hace en virtud de la Ley de los Derechos de los Pueblos Indígenas, de 1997, y la Federación de Rusia en virtud de su Ley sobre los Territorios tradicionalmente utilizados por los pueblos indígenas del Norte, Siberia y el Lejano Oriente del país. Sin embargo, esta última Ley solo se aplica a los pueblos con menos de 50.000 integrantes. Además, hasta la fecha, si bien los territorios han sido protegidos por los gobiernos regionales, no se ha creado ningún territorio protegido a nivel federal⁹⁰. En Malasia, en respuesta a las conclusiones de la causa *Kerajaan Negeri Selangor and others v. Sagong Tasi and others*, el Estado reformó el Código de Tierras, lo que entrañó el otorgamiento de títulos de propiedad a pueblos indígenas a perpetuidad, aunque únicamente a razón de 1.000 ha por título. Por otra parte, esos otorgamientos pueden ser revocados por el Estado, no se reconoce la propiedad colectiva y se han eliminado los modos tradicionales de transmisión de tierras de una generación a otra⁹¹. En México se han creado tribunales agrarios para administrar justicia en ese sector; no obstante, la Relatora Especial sobre los derechos de los pueblos indígenas ha manifestado que el sistema no satisface las necesidades de los pueblos indígenas y ha recomendado su reforma total⁹². Se informa de que en ese Estado se está llevando a cabo un proceso de reforma constitucional y jurídica⁹³.

51. En Sudáfrica, el Gobierno ha reconocido y devuelto las tierras pertenecientes a los pueblos indígenas en virtud del artículo 25, párrafo 7, de la Constitución y de la Ley de Restitución de los Derechos sobre las Tierras, de 1994, pero al parecer no ha prestado un apoyo adecuado a las comunidades que han regresado a sus tierras⁹⁴. Así pues, la mera recuperación de tierras no es suficiente para que los pueblos indígenas puedan superar la marginación y la discriminación que han sufrido durante generaciones. En la India se han tramitado 3.863.025 de las 4.400.000 reclamaciones de tierras presentadas con arreglo a la Ley de Reconocimiento de los Derechos Forestales, de 2006⁹⁵. Con todo, solo se han reconocido como propiedad comunitaria 5,28 millones de hectáreas de tierra y, el 13 de febrero de 2019, el Tribunal Supremo dispuso que se desalojara a alrededor de 1 millón de familias cuyas reclamaciones de tierras habían sido desestimadas. Posteriormente se anuló esa decisión. En Chile, ha prosperado la reclamación del pueblo mapuche de casi 125.000 ha al amparo del Fondo de Tierras y Aguas Indígenas, que, sin embargo, han sido adquiridas a valor de mercado. Además, quedan excluidos los territorios tradicionales que no han sido reconocidos oficialmente como propiedad de los mapuches, por ejemplo mediante un título reconocido históricamente⁹⁶.

52. En Australia, desde el fallo del Tribunal Superior de 1992 en la causa *Mabo and others v. Queensland*, la Ley de Títulos de Propiedad de los Aborígenes regula el reconocimiento de esos títulos. Se ha determinado que los títulos de propiedad de los aborígenes representan aproximadamente el 38,2 % de la superficie del territorio australiano⁹⁷. Esos títulos pueden ser exclusivos o no exclusivos. Hay una serie de derechos e intereses que pueden incluir el derecho a acceder al “país tradicional”, utilizarlo, ocuparlo y disfrutarlo; participar en la adopción de decisiones sobre la forma en que otros utilizan las tierras y aguas tradicionales; adoptar decisiones sobre el futuro uso de las tierras y las aguas; y cazar y recolectar alimentos, realizar ceremonias y buscar hierbas medicinales. Las zonas en las que los colonos desplazaron a los grupos indígenas locales suelen estar

⁸⁹ A/HRC/WG.6/24/PRY/1.

⁹⁰ A/HRC/WG.6/30/RUS/2, CCPR/C/RUS/CO/7 y CERD/C/RUS/CO/23-24.

⁹¹ Amnistía Internacional, “*The Forest is Our Heartbeat*”: *The Struggle to Defend Indigenous Land in Malaysia* (Londres, 2018).

⁹² A/HRC/39/17/Add.2.

⁹³ Comunicación de México.

⁹⁴ www.culturalsurvival.org/sites/default/files/media/southafrica.pdf.

⁹⁵ A/HRC/WG.6/27/IND/1, párr. 104.

⁹⁶ David Nathaniel Berger, editores, *The Indigenous World 2019* (Copenhague, Grupo Internacional de Trabajo sobre Asuntos Indígenas, 2019), págs. 151 y 152.

⁹⁷ Comunicación de Australia.

insuficientemente reconocidas⁹⁸. El 17 de octubre de 2019 se presentó al Parlamento australiano el proyecto de ley de reforma de la Ley de Títulos de Propiedad de los Aborígenes, cuyos objetivos eran la mejora de los procesos de solución de reclamaciones de esos títulos de propiedad, la concertación de acuerdos, la adopción de decisiones por los aborígenes y la solución de controversias.

53. Australia informa de que el centro de atención de algunos pueblos aborígenes e isleños del estrecho de Torres ya no es la solución de reclamaciones, sino la cuestión de cómo utilizar mejor sus tierras para el desarrollo social, cultural y económico⁹⁹.

C. Demarcación y delimitación de tierras

54. Los Estados proceden a demarcar y delimitar las tierras indígenas y a reconocer la propiedad colectiva mediante sistemas de legalización y planificación. Costa Rica, por ejemplo, cuenta con el Plan Nacional para la Recuperación de Territorios Indígenas de Costa Rica 2016-2022¹⁰⁰, y en Guyana se han puesto en marcha iniciativas como el Proyecto de Titulación de Tierras Amerindias tras las consultas sobre la Ley de los Amerindios, de 2006, que garantiza los derechos de esos pueblos sobre sus tierras¹⁰¹.

55. En el Brasil, la Constitución impone la obligación de demarcar las tierras tradicionalmente ocupadas por los pueblos indígenas de acuerdo con sus tradiciones y formas de organización social (Constitución, art. 231). Si bien hay tierras indígenas aún pendientes de demarcación, un caso de éxito es el del valle del Javari, zona de más de 8.544.448 ha y la segunda mayor del Brasil en haber sido demarcada, con la mayor concentración de pueblos aislados del mundo. El valle incluye las tierras de siete pueblos indígenas, algunos de los cuales viven en aislamiento voluntario. En el proceso de demarcación se han puesto de manifiesto, por una parte, la dificultad de conseguir que tenga las características adecuadas el equipo gubernamental encargado de relacionarse con los pueblos indígenas y de lograr la participación efectiva de los pueblos indígenas que comparten territorios con otros pueblos indígenas que viven en aislamiento voluntario y, por otra, la dificultad de hacer frente a los problemas que entraña el hecho de que su territorio sea tan extenso. Después de la demarcación, se registró una notable reducción de la violencia entre los pueblos indígenas y no indígenas. El Brasil ha formulado importantes políticas y directrices para la protección territorial y física de los pueblos indígenas con los que recientemente se ha entrado en contacto y que viven en aislamiento voluntario. También se ha reconocido la necesidad de garantizar la protección de los derechos sobre la tierra de los pueblos indígenas que viven en aislamiento voluntario en la frontera entre el Brasil y el Perú y de los que viven en la Amazonía y el Gran Chaco. Sin embargo, el desmantelamiento de las instituciones gubernamentales y la discontinuidad de las políticas de demarcación y protección de las tierras indígenas, en particular las tierras de los pueblos en aislamiento voluntario, así como el aumento de la deforestación, los incendios, las actividades mineras ilegales y la intrusión, han llevado a diversas organizaciones de la sociedad civil del Brasil a plantear la situación, que se considera un posible genocidio, ante el Consejo de Derechos Humanos y la Corte Penal Internacional¹⁰².

56. Una buena práctica interesante es la de la Comisión de Derechos de la Tierra Maya de Toledo, en Belice, que ha establecido una política de tenencia consuetudinaria de la tierra de los mayas, un marco de consulta, una estrategia de sensibilización pública para impedir las incursiones ilegales y las apropiaciones indebidas de tierras mayas, una estrategia de demarcación y autodelimitación y un marco de solución de controversias en colaboración con representantes del pueblo maya¹⁰³. En la República Unida de Tanzania,

⁹⁸ *The Indigenous World 2019*, págs. 236 a 238.

⁹⁹ Comunicación de Australia.

¹⁰⁰ A/HRC/WG.6/33/CRI/1, párr. 37.

¹⁰¹ www.guyanareddfund.org/images/stories/Signed%20ALT%20Project%20Document.pdf.

¹⁰² <https://brasil.elpais.com/brasil/2020-02-27/organizacoes-alertam-onu-sobre-o-crescente-risco-para-os-indios-isolados-do-brasil.html> y www.theguardian.com/world/2019/nov/27/jair-bolsonaro-international-criminal-court-indigenous-rights.

¹⁰³ A/HRC/WG.6/31/BLZ/1, párrs. 98 y 100 a 102.

los ganaderos pueden obtener certificados de tierras después de haber formado una “aldea”, que es la única entidad autónoma legalmente reconocida en materia de tierras. Sin embargo, hasta hace poco, los cazadores-recolectores, que representaban una minoría numérica dondequiera que vivieran, no alcanzaban el número de personas requerido por la ley para formar una aldea. Un acontecimiento histórico fue el hecho de que en noviembre de 2011 se concediera al pueblo cazador-recolector de los hadzabes un certificado colectivo de tierras comunitarias, equivalente al certificado de tierras de la aldea, sobre la base de su estilo de vida particular y su condición de minoría¹⁰⁴.

57. Los procesos de demarcación entrañan numerosos problemas y son invariablemente lentos. En la República Bolivariana de Venezuela, a pesar de que la demarcación de tierras afectaba en 2016 aproximadamente a 101.000 personas de 683 comunidades indígenas que abarcaban más de 3,2 millones de hectáreas, únicamente se había demarcado un 12,4 % de tierras indígenas. En el Estado Plurinacional de Bolivia, la reivindicación de los tacana con arreglo al marco de la Tierra Comunitaria de Origen, al amparo de la Ley núm. 1715, aún no ha dado lugar a la consolidación de su territorio después de 20 años¹⁰⁵. En la Argentina, 13 años después de la aprobación de la Ley núm. 26160, solo se ha iniciado el 57 % de los levantamientos topográficos previstos¹⁰⁶. En Camboya, si bien se han entregado 684 títulos de propiedad a 24 pueblos indígenas, el requisito de contar con el “acuerdo de sus vecinos” está contribuyendo al estancamiento del proceso¹⁰⁷. En Filipinas, a pesar de las leyes y programas destinados a culminar el proceso de titulación de todas las tierras ancestrales indígenas, se ha denunciado que ese proceso es ineficaz y que resulta lento y engorroso, con innumerables exigencias¹⁰⁸.

58. Existen otros problemas de demarcación en todas las regiones, entre ellos: la falta de reconocimiento de los derechos inherentes de los pueblos indígenas a sus tierras, territorios y recursos; la superposición de títulos; la falta de conocimientos sobre el proceso de titulación; la ocupación ilegal por pequeños agricultores; la complejidad de los requisitos legales; los limitados recursos financieros y humanos; el elevado costo de la realización de levantamientos topográficos; y las controversias que surgen. En Honduras, si bien el proceso de demarcación en la región de La Moskitia ha dado lugar a la titulación colectiva de tierras indígenas, la presencia constante de ganaderos, madereros y narcotraficantes ha generado tensiones y conflictos incesantes que ponen en peligro a las comunidades indígenas¹⁰⁹.

D. Tribunales encargados de las reclamaciones de tierras

59. El Tribunal de Tierras no Cultivadas de Finnmark y la Comisión de Finnmark se establecieron en Noruega en virtud de la Ley de Finnmark, de 2005, con el fin de facilitar la ordenación de las tierras y los recursos naturales en beneficio de los habitantes de Finnmark y, en particular, como fundamento de la cultura sami, la cría de renos, el uso de las tierras no cultivadas, las actividades comerciales y la sociedad en general¹¹⁰. Mediante la Ley de Finnmark, Noruega reconoció que el pueblo sami había adquirido derechos colectivos e individuales en Finnmark mediante el uso prolongado de la tierra y los recursos. Sin embargo, la Ley ha sido criticada por no reconocer un derecho especial de los samis a la ordenación y la propiedad de sus tierras, territorios y recursos tradicionales, ya que los derechos sobre la tierra se basan en la duración del uso, independientemente de la identidad indígena, y la Ley no reconoce las leyes consuetudinarias samis¹¹¹.

60. El Relator Especial sobre los derechos de los pueblos indígenas ha reconocido que el Tribunal de Waitangi, en Nueva Zelanda, es, a pesar de sus evidentes deficiencias, uno de

¹⁰⁴ Comunicación de Elifuraha Laltaika.

¹⁰⁵ Comunicación de la Red Eclesial Panamazónica.

¹⁰⁶ Comunicación presentada por la Defensoría del Pueblo de la Nación Argentina.

¹⁰⁷ A/HRC/WG.6/32/KHM/1, párr. 57. Véase también *The Indigenous World 2019*, pág. 252.

¹⁰⁸ A/HRC/WG.6/27/PHL/1, párrs. 83 a 86.

¹⁰⁹ A/HRC/33/42/Add.2 y A/HRC/39/17.

¹¹⁰ Comunicación de Noruega.

¹¹¹ A/HRC/WG.6/33/NOR/2 y A/HRC/33/42/Add.3.

los ejemplos más importantes en el mundo de la labor que se realiza para reparar los agravios pasados y presentes de los pueblos indígenas, y los acuerdos ya alcanzados han redundado en importantes beneficios en varios casos¹¹². Aunque el Tribunal no puede dictar fallos vinculantes, es notable la importancia y el reconocimiento de que gozan sus resoluciones entre los tribunales ordinarios¹¹³.

E. Ejecución y adjudicación del título legal, en particular a través de los tribunales nacionales

61. En los casos en que los procesos de adjudicación a que se refiere el artículo 27 de la Declaración no existan, sean ineficaces o no sean más que procesos alternativos o suplementarios, algunos pueblos indígenas elevan su solicitud de titularidad a los tribunales nacionales. En Indonesia, el Tribunal Constitucional ha reconocido en tres fallos históricos los derechos colectivos de los pueblos indígenas sobre sus territorios¹¹⁴. En Botswana, el proyecto de Declaración se citó en 2006 para fallar en favor de los pueblos indígenas basarwas (los san), que habían sido desalojados de sus tierras ancestrales¹¹⁵. En Nueva Zelanda, en *Ngati Apa v. Attorney-General*, el Tribunal de Apelación determinó que la carga de la prueba de la extinción del título consuetudinario recaía en la Corona y que la intención de extinguirla tendría que ser clara y sencilla¹¹⁶.

62. En Suecia, en septiembre-octubre de 2019, el Tribunal Supremo concedió a una asociación sami que organizaba la cría de renos el derecho exclusivo de gestionar la caza menor en tierras de propiedad del Estado¹¹⁷. En Noruega, el Tribunal Supremo decidió, de conformidad con la Ley de la Cría de Renos, de 2007, que para determinar si se habían constituido derechos de propiedad, se debían tener debidamente en cuenta las tradiciones samis¹¹⁸. En Finlandia, los samis demandados por haber infringido la Ley de Pesca (Ley núm. 379/2015) por faenar en sus mares sin licencia fueron absueltos por el Tribunal de Distrito el 6 de marzo de 2019. El Tribunal se remitió a los artículos 8, 14, 20, 26, 34, 40 y 43 de la Declaración. En enero de 2020, un tribunal del Perú pidió al Estado que estableciera una zona de máxima protección en torno a una región de la Amazonía cercana a la frontera con el Brasil para proteger a los pueblos indígenas en aislamiento voluntario contra la intrusión de las empresas petroleras¹¹⁹.

63. Los problemas que se plantean en esos y otros casos son muchos, dependiendo del Estado y del nivel de reconocimiento de los pueblos indígenas y sus derechos sobre la tierra. En la República Democrática del Congo, aunque el Parlamento tiene ante sí desde 2014 un proyecto de ley sobre los derechos de los pueblos indígenas y se está debatiendo una nueva ley sobre la tierra, se considera que los pueblos indígenas son como otras comunidades, lo que agrava los conflictos en torno a la tierra y otros recursos¹²⁰.

64. En algunos Estados, los pueblos indígenas tienen dificultades para acceder al sistema judicial y en ocasiones no cuentan con el nivel de organización social y política

¹¹² A/HRC/18/35/Add.4, párr. 67.

¹¹³ Janine Hayward y Nicola Wheen, editores, *The Waitangi Tribunal: Te Roopu Whakamana i te Tiriti o Waitangi* (Wellington, Bridget Williams Books, 2015).

¹¹⁴ Comunicación de la International Coalition for Papua.

¹¹⁵ A/HRC/36/56.

¹¹⁶ www.nzlii.org/nz/cases/NZCA/2003/117.html.

¹¹⁷ Ulf Mörkenstam. "Organised hypocrisy? The implementation of the international indigenous rights regime in Sweden", *International Journal of Human Rights* (junio de 2019).

¹¹⁸ Noruega, Tribunal Supremo, fallos núm. HR-2016-2030-A, de 28 de septiembre de 2016, y núm. HR-2018-456-P, de 9 de marzo de 2018. Comunicación de Noruega.

¹¹⁹ www.reuters.com/article/us-peru-indigenous/peruvian-indigenous-group-wins-suit-to-block-oil-exploration-in-amazonian-region-idUSKBN1ZL2V7?fbclid=IwAR3veaz7WaAiX-d1wILo5Z6RwgvNLW6Oy6idEJJEDFd7zTYEDzCDg0BDapU.

¹²⁰ Comunicación del Instituto de Medio Ambiente y Recursos Naturales. Véanse también CEDAW/C/COD/CO/8, CCPR/C/COD/CO/4 y www.iwgia.org/en/democratic-republic-of-congo/3500-iw2019-drc.

necesario para acudir a los tribunales¹²¹. Los procedimientos judiciales suelen ser complejos, la independencia del poder judicial no siempre está garantizada y los profesionales del derecho, incluidos los que representan a los pueblos indígenas, suelen desconocer los derechos de esos pueblos, en particular los que emanan del derecho internacional y de la Declaración, y no todos están especializados en los derechos sobre la tierra o en los derechos colectivos de los pueblos indígenas. Aunque hay pocos jueces indígenas¹²², la carga de la prueba suele ser compleja y a veces existen contradicciones entre los tribunales federales y estatales¹²³. Incluso las resoluciones positivas pueden acarrear efectos negativos para los pueblos indígenas. En el Brasil, el reconocimiento de los derechos sobre la tierra de los indígenas en Raposa Serra do Sol (véase el párrafo 28 *supra*) también ha dado lugar a intentos de restringir la capacidad de los abogados del Estado para defender el derecho de los pueblos indígenas a la tierra (véase la Opinión núm. 001/2017 del Fiscal General Federal, posteriormente revocada por una resolución del Tribunal Supremo en una causa interpuesta por la comunidad indígena xokleng)¹²⁴.

65. El hecho de recurrir a los tribunales también puede entrañar un riesgo para los pueblos indígenas y sus defensores. Muchos sufren represalias, intimidaciones, acosos y detenciones¹²⁵. Los juicios no ganados pasan factura a los pueblos indígenas de todas las regiones, tanto en el plano emocional como en el económico: a menudo no disponen de asistencia letrada y los costos son prohibitivos. Así lo reconoció la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en un caso contra el Canadá¹²⁶. Incluso si se gana un juicio, es posible que no se ejecute la sentencia.

¹²¹ Comunicación de la International Coalition for Papua. Véanse también A/HRC/42/37 y A/72/186, párr. 57.

¹²² Comunicación del Instituto de Medio Ambiente y Recursos Naturales.

¹²³ Guyana, Tribunal Superior, *Thomas and Arau Village Council v. Attorney General of Guyana and another*, resolución no publicada de fecha 30 de abril de 2009, en Amy Strecker, “Indigenous land rights and Caribbean reparations discourse”, *Leiden Journal of International Law*, vol. 30, núm. 3 (septiembre de 2017), pág. 639.

¹²⁴ <https://cimi.org.br/wp-content/uploads/2020/02/aco1100-decisao-parecer001.pdf> y <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=11818>.

¹²⁵ A/HRC/39/62 y A/HRC/39/17.

¹²⁶ Comisión Interamericana de Derechos Humanos, informe núm. 105/09 sobre la admisibilidad de la petición 592-07 relativa al Grupo de Tratado Hul’qumi’num, Canadá (30 de octubre de 2009), párr. 37.

Anexo

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

1. Los Estados deben reconocer a los pueblos indígenas como tales. También deben reconocer su derecho a sus tierras, territorios y recursos, de conformidad con la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas y el desarrollo de ese derecho expresado por los órganos regionales e internacionales de derechos humanos. Además, los Estados tienen la obligación de hacer efectivos otros derechos conexos, como los derechos a la vida y a vivir con dignidad.
2. Los Estados deben atenerse a las opiniones formuladas en otros estudios del Mecanismo de Expertos sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas en relación con los derechos a la tierra, en particular el estudio sobre el consentimiento libre, previo e informado y los estudios sobre la participación de los pueblos indígenas¹.
3. Los Estados deben velar por que, mediante la celebración de consultas con los pueblos indígenas, el tipo de tenencia de la tierra que se les reconozca (propiedad, usufructo o variaciones de ambos) se ajuste a las necesidades, el modo de vida, las costumbres, las tradiciones y los sistemas de tenencia de la tierra de los pueblos indígenas interesados y se respete y garantice.
4. Los Estados deben establecer, en consulta con los pueblos indígenas, las medidas legislativas y administrativas y los mecanismos apropiados y eficaces que sean necesarios para favorecer la propiedad, la utilización y la titulación de las tierras, los territorios y los recursos indígenas, incluidas las tierras que los pueblos indígenas hayan pasado a ocupar a causa de reubicaciones de otras épocas. Ello debe hacerse respetando las costumbres, las tradiciones y los sistemas de tenencia de la tierra de esos pueblos, y debe incluir la derogación de todas las leyes aprobadas durante los períodos de colonización que hayan dado lugar a que los pueblos indígenas sean desposeídos de sus tierras.
5. Los Estados deben velar por que los pueblos indígenas que hayan conservado la propiedad de los recursos de sus tierras y territorios tengan derecho a extraerlos y explotarlos en las mismas condiciones que los demás propietarios.
6. Los Estados deben ejercer los derechos enunciados en la Declaración para reformar sus leyes nacionales de manera que se reconozcan las costumbres, tradiciones y sistemas de tenencia de la tierra propios de los pueblos indígenas, en particular su propiedad colectiva de tierras, territorios y recursos.
7. Los Estados deben velar por que los pueblos indígenas tengan derecho a mantener y fortalecer su relación espiritual con las tierras, territorios y recursos, incluidas las aguas y los mares, que posean y que ya no posean, pero que hayan sido de su propiedad o hayan utilizado en otras épocas.
8. Cuando sea posible, los Estados deben recurrir a los mecanismos tradicionales de solución de controversias de los pueblos indígenas, como el arbitraje, en lugar de litigar ante los tribunales.
9. Los Estados deben garantizar el acceso efectivo de los pueblos indígenas a los procedimientos judiciales pertinentes.
10. Los Estados deben velar por que las mujeres indígenas tengan acceso en pie de igualdad con los hombres indígenas a la propiedad y/o el uso y el control de sus tierras, territorios y recursos, entre otras cosas protegiéndolas contra la discriminación y la desposesión² y prestándoles apoyo, cuando sea necesario, en la gestión de sus tierras.

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

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

11. Los Estados establecerán y aplicarán, conjuntamente con los pueblos indígenas pertinentes, un proceso equitativo, independiente, imparcial, abierto y transparente, en el que se reconozcan debidamente las leyes, tradiciones, costumbres y sistemas de tenencia de la tierra de los pueblos indígenas, para reconocer y adjudicar los derechos de los pueblos indígenas en relación con sus tierras, territorios y recursos, comprendidos aquellos que tradicionalmente han poseído u ocupado o utilizado (Declaración, art. 27).
12. Los Estados deben asegurarse de que los pueblos indígenas que hayan perdido contra su voluntad la posesión de sus tierras o estas les hayan sido confiscadas, tomadas, ocupadas o dañadas sin su consentimiento libre, previo e informado tengan derecho a la restitución u otra reparación adecuada (Declaración, art. 28)³.
13. Los Estados deben velar por que las empresas asuman la responsabilidad de limpiar de manera eficaz e inmediata las tierras, territorios y recursos contaminados por sus actividades de desarrollo, en colaboración y coordinación con los pueblos indígenas afectados.
14. Los Estados deben adoptar medidas para garantizar la representación de los pueblos indígenas en todos los aspectos de la vida pública, más allá de los foros que se ocupan exclusivamente de las cuestiones indígenas, en particular en los poderes ejecutivo, legislativo y judicial, así como en los organismos regionales e internacionales.
15. Los Estados deben velar por que se preste especial atención a la protección de los derechos sobre la tierra de los pueblos indígenas en aislamiento voluntario, que tienen necesidades diferentes de las de los demás pueblos indígenas.
16. Los Estados deben velar por que todos los que se ocupen de las cuestiones indígenas en el Estado, incluidos los legisladores, los funcionarios públicos y los miembros la judicatura, conozcan los derechos de esos pueblos.
17. Los Estados deben adoptar medidas, incluidas las recomendadas por la Relatora Especial sobre los derechos de los pueblos indígenas, para poner fin a la violencia contra los defensores de las tierras indígenas y a su persecución, así como para reparar los daños sufridos⁴.
18. Los pueblos indígenas deben considerar la posibilidad de sensibilizar a la opinión pública sobre sus derechos sobre la tierra para evitar incursiones ilegales en sus tierras o la apropiación indebida de estas. También deben considerar la posibilidad de colaborar con los medios de comunicación y proporcionarles formación sobre los derechos de los indígenas sobre la tierra, en particular cuando se emprendan litigios en el plano estratégico.
19. Los pueblos indígenas deben considerar cómo acrecentar el apoyo político necesario para hacer efectivos sus derechos sobre la tierra.
20. Los pueblos indígenas deben fomentar su propia capacidad dentro de sus comunidades en lo que respecta a los derechos que les reconoce la Declaración y a la forma de hacerlos efectivos en los planos nacional, regional e internacional, por ejemplo, mediante el Programa de Becas para Indígenas de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos y solicitando subvenciones del Fondo de Contribuciones Voluntarias de las Naciones Unidas para los Pueblos Indígenas con el fin de poder asistir a reuniones internacionales sobre sus derechos.
21. Los Estados y las instituciones financieras internacionales deben seguir cooperando y ayudándose mutuamente en lo que respecta a la transferencia de conocimientos y la promoción de inversiones que permitan la demarcación y protección de las tierras indígenas⁵.

³ Véase también A/HRC/39/62.

⁴ A/HRC/39/17.

⁵ Comunicación de Alemania.