

LOS DERECHOS DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS Y EL COMITÉ DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LA ELIMINACIÓN DE LA DISCRIMINACIÓN RACIAL

Fergus MacKay

Miembro de Forrest People Programme (FPP)

El derecho de todas las personas a ser libres de toda discriminación está fuertemente arraigado en el régimen moderno de los derechos humanos desde su aparición en la Carta de las Naciones Unidas y en la Declaración de los Derechos Humanos. El goce de los derechos sin que existan diferencias en raza, sexo, religión e idioma ha sido explicado con más detalle en los documentos universales y regionales de los derechos humanos y en las leyes nacionales. Por ejemplo, la Carta Africana sobre los Derechos Humanos y de los Pueblos no solamente incluye el derecho individual a la igualdad y el derecho a igual protección de la ley, sino que estipula en el artículo 19 que "todos los pueblos serán iguales; todos disfrutarán del mismo respeto y tendrán los mismos derechos." La igualdad - de *iure* y de *facto*- se expone por lo tanto como un principio gobernante de la ley y de la sociedad.

La prohibición de la discriminación racial es vista comúnmente como una norma de la ley consuetudinaria internacional y es considerada tan fundamental que se le conoce como una norma perentoria de la ley internacional "de la cual no pueden permitirse menoscabos."¹ La eliminación de la discriminación racial es además el tema exclusivo del primero de los llamados instrumentos "centrales" de los derechos humanos, la Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discrimi-

¹ Report of the Committee on the Elimination of Racial Discrimination, 1 noviembre de 2002, UN Doc. A/57/18 en el Capítulo XI C (solamente disponible en inglés) y Conferencia Mundial contra el Racismo, la Discriminación Racial, la Xenofobia y las Formas Conexas de Intolerancia (2001). Párrafo preambular 22. Ver también MERON, T, *Human Rights and Humanitarian Norms as Customary Law*. Oxford: Clarendon Press. 1989, 21.

nación Racial - CIEDR.² Además se nos dice que en el siglo 21 la diversidad de las razas y de las culturas no debería ser vista de ninguna manera como "un factor limitante en el intercambio y desarrollo humano." Por el contrario, dicha diversidad debería ser tomada como la base del enriquecimiento de todo, y como un regalo en lugar de una amenaza."³

Sin embargo, a pesar de la estatura normativa y moral de los principios de la no discriminación y de la igualdad, la discriminación, particularmente en contra de los pueblos indígenas y de las minorías, continúa dominando y persistiendo en todas las regiones del planeta.⁴ Por ejemplo, una revisión de las conclusiones de los organismos de los tratados de derechos humanos de las Naciones Unidas, expedida entre 2002 y 2006, revela que dichos organismos encontraron discriminación en contra de los pueblos indígenas a través de las violaciones de sus derechos a poseer y controlar sus tierras tradicionales y sus recursos, en todos menos uno de los estados revisados.⁵ De igual manera, en todos menos en uno de los Estados revisados durante el mismo período, el Comité de los Derechos del Niño observó que los niños indígenas estaban sujetos a leyes o prácticas discriminatorias.⁶

El Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial (CEDR) ha desarrollado un conjunto considerable de jurisprudencia con respecto a la discriminación en contra de los pueblos indígenas. Según Patrick Thorn-

² La Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial. Adoptado y abierto para su firma y ratificación por resolución 2106 (XX) de la Asamblea General de la ONU el día 21 de diciembre de 1965. Según el artículo 19, la Convención entró en vigor el 4 de enero de 1969. Disponible en: <http://www.unhcr.ch/html/menu2/6/cerd.htm> Las páginas en castellano están disponibles en: http://www.unhcr.ch/spanish/html/menu2/6/cerd_sp.htm.

³ "Tolerance and Diversity: A Vision for the 21st Century". Disponible en: <http://www.ohchr.org/racism/index.htm>.

⁴ Esto se confirma en la Declaración Final de la Conferencia Mundial contra el Racismo, la Discriminación Racial, la Xenofobia y las Formas Conexas de Intolerancia (2001). Ver, Report of the World Conference against Racism, Racial Discrimination, Xenophobia and Related Intolerance, Durban, 31 August - 8. September 2001. UN Doc. A/CONF.189/12, p. 5, en párrafo 39 (reconociendo "que los pueblos indígenas han sido víctimas de discriminación durante siglos y...destaca(ndo) la necesidad de tomar constantemente medidas para luchar contra la persistencia del racismo, la discriminación racial, la xenofobia y las formas conexas de intolerancia que los afectan.")

⁵ MACKAY, F. (ed.), Los Pueblos Indígenas y los Organismos de los Tratados de las Naciones Unidas: Recopilación de Jurisprudencia de los Organismos de los Tratados II, 1993-2004, FPP Septiembre de 2005. Disponible en:

http://www.forestpeoples.org/documents/law_hr/un_jurisprudence_comp_sept05_sp.pdf; y, MACKAY, F. (ed.), Pueblos Indígenas y Órganos de los Tratados de las Naciones Unidas. Compilación de jurisprudencia de los Órganos de los Tratados de la ONU Volumen II. 2005-2006 Forest Peoples Programme, Moreton in Marsh. Disponible en: http://www.forestpeoples.org/documents/law_hr/un_jurisprudence_comp_vol2_06sp.pdf

⁶ *Ibidem*.

berry, un miembro actual del CEDR, "el interés del Comité con los asuntos indígenas se ha vuelto omnipresente" en los años recientes y "continúa comentando regularmente acerca de la discriminación en contra de los pueblos indígenas."⁷ Hace diez años, en agosto 18 de 1997, CEDR se convirtió en el primer organismo de tratado de las Naciones Unidas en adoptar una Recomendación general/comentario enfocada exclusivamente en los pueblos indígenas: la Recomendación general XXIII sobre pueblos indígenas ("RGXXIII"). La RGXXIII brinda una guía al CEDR en relación con los asuntos indígenas y debe ser vista como una declaración de su "entendimiento de la norma de la no discriminación en este contexto."⁸ Por su parte, el CEDR ha estado dispuesto a afirmar que la RGXXIII expone "requerimientos" que incumben a los estados partes, y rutinariamente se refiere a esto, bien sea completamente o en parte, en su examen de los informes presentados por los estados partes.⁹

Mientras que la RGXXIII no es vinculante técnicamente hablando, es no obstante "una elaboración significativa de las normas" y de las obligaciones correspondientes del estado bajo el CIEDR.¹⁰ Comienza afirmando que el CIEDR se aplica a la discriminación en contra de los pueblos indígenas¹¹ y que "todos los medios apropiados deben tomarse para combatir y eliminar dicha discriminación."¹²

Observa además que "en muchas regiones del mundo se ha discriminado y sigue discriminándose a las poblaciones indígenas, y se les ha privado de sus derechos humanos y libertades fundamentales" y, en consecuencia, podemos añadir que entonces "la conservación de su cultura y de su identidad histórica se ha visto y sigue viéndose amena-

⁷ THORNBERRY, P., *Indigenous Peoples and human rights*, Manchester: Manchester University Press 2002, en 210.

⁸ ANAYA, S.J. *Indigenous Peoples in international law* (2nd Ed.), Oxford/New York: Oxford University Press 2004, en 230.

⁹ Ver, por ejemplo, Ecuador, 21/03/2003, CERD/C/62/CO/2, párrafo 16 (estipulando que "En cuanto a la explotación de los recursos del subsuelo de los territorios tradicionales de las comunidades indígenas, el Comité observa que con la mera consulta a estas comunidades antes de iniciar la explotación de los recursos no se cumplen las condiciones especificadas en la Recomendación general N° XXIII del Comité, relativa a los derechos de las poblaciones indígenas").

¹⁰ THORNBERRY, P. *Indigenous Peoples and human rights*. Manchester University Press 2002, en 217-18.

¹¹ Recomendación general XXIII: sobre los derechos de las poblaciones indígenas adoptada por el Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial en su 51 sesión, agosto 18 de 1997, en párrafo 1-2. Disponible en: <http://www.unhcr.ch/tbs/doc.nsf/385c2add1632f4a8c12565a9004dc3111/2a12ea8905164c6e8025684a00545d05?OpenDocument&Highlight=0,XXIII>.

¹² *Ibidem*. en párrafo 2.

zada."¹³ La mayoría del resto de la RGXXIII comprende una lista de derechos y deberes específicos. El párrafo 4 exhorta en particular a los estados partes a que:

- a) Reconozcan y respeten la cultura, la historia, el idioma y el modo de vida de las poblaciones indígenas como un factor de enriquecimiento de la identidad cultural del Estado y garanticen su preservación;
- b) Garanticen que los miembros de las poblaciones indígenas sean libres e iguales en dignidad y derechos y libres de toda discriminación, en particular la que se base en el origen o la identidad indígena;
- c) Proporcionen a las poblaciones indígenas las condiciones que les permitan un desarrollo económico y social sostenible, compatible con sus características culturales;
- d) Garanticen que los miembros de las poblaciones indígenas gocen de derechos iguales con respecto a su participación efectiva en la vida pública y que no se adopte decisión alguna directamente relacionada con sus derechos e intereses sin su consentimiento informado;
- e) Garanticen que las comunidades indígenas puedan ejercer su derecho a practicar y reavivar sus tradiciones y costumbres culturales y preservar y practicar su idioma.

El párrafo 5 trata con una preocupación fundamental de la mayoría, si no todos, los pueblos indígenas. En dicho párrafo se hace un llamado a los Estados partes para que "reconozcan y protejan los derechos de las poblaciones indígenas a poseer, explotar, controlar y utilizar sus tierras, territorios y recursos comunales, 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 aquellas poblaciones, que adopten medidas para que les sean devueltos." Este reconocimiento de los derechos colectivos de los pueblos indígenas a sus tierras, sus territorios y los recursos es otorgado en el artículo 5(d)(v) de la Convención, el cual expone el derecho a "ser propietario, individualmente y en asociación con otros."¹⁴

Con el fin de marcar el décimo aniversario de la adopción de la RGX-XIII, este capítulo se enfoca en la práctica del CEDR en relación con los pueblos indígenas. La primera sección proporciona una perspectiva general del CEDR y la CIEDR, recalca algunas de las características relevan-

¹³ *Ibidem.* en párrafo 3.

¹⁴ Ver, *inter alia*, Filipinas, 14/08/1997, CERD/C/304/Add.34, párrafo 17 and; *infra*, Sección III.B.

tes de la ley de la no discriminación y de la igualdad de protección, y provee ejemplos involucrando pueblos indígenas; la segunda sección se ocupa de varios aspectos del tratamiento de los derechos de los pueblos indígenas por el CEDR, tales como la auto identificación, los derechos a la propiedad, y el derecho a consentir (o rehusar); y la última sección brinda algunos comentarios finales. Una atención especial se presta al grupo de normas expuestas en la RGXXIII.

El Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial (CEDR)

El Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial (CEDR) fue establecido en 1970 de conformidad con el Artículo 8 de la CIEDR. El Comité está compuesto por 18 expertos independientes de alto prestigio moral, los cuales se eligen por períodos de cuatro años por los estados partes.¹⁵ El Comité se reúne anualmente en Ginebra para realizar 2 sesiones de tres semanas cada una. De conformidad con la CIEDR, el CEDR está capacitado para, entre otras cosas: recibir y examinar los informes de los Estados partes cada dos años en relación a su cumplimiento con la Convención, y emitir observaciones (conocidas como observaciones finales) en conexión con estos informes (artículo 9); solicitar informes adicionales en cualquier momento dado (artículo 9 (1) (b)); expedir recomendaciones generales (artículo 9(2)) (31 han sido adoptadas hasta la fecha); adoptar sus propias reglas de procedimiento (artículo 10); y recibir peticiones de personas o grupos de personas que alegaren la existencia de violaciones de la CIEDR, siempre y cuando el estado en cuestión haya depositado una declaración aceptando la jurisdicción del CEDR para recibir dichas peticiones (artículo 14).

La mayoría del trabajo del CEDR involucra el examen de los informes periódicos presentados por los estados de conformidad con el artículo 9 del CIEDR, junto con la adopción de observaciones finales en relación con dichos informes. Estas observaciones finales son adoptadas después de un diálogo con el estado y un examen de cualquier información adicional de las ONG, la ONU y de otras fuentes. Frecuentemente contienen muchos detalles y, aunque no son vinculantes, son un reflejo fuerte de la visión del CEDR en cuanto a las obligaciones del Estado bajo la CIEDR. Un procedimiento de examen se encuentra también establecido

¹⁵ Para discusiones amplias en las operaciones de la CEDR realizadas por sus miembros anteriores y presentes, ver THORBERRY, P. *Confronting Racial Discrimination: A CERD Perspective*, 5 *Human Rights Law Review* 2005, 239-69; BANTON, M. *International action against racial discrimination*. Oxford: Clarendon Press 1996; y T. van Boven, *Discrimination and Human Rights Law: Combating Racism*. En FREDMAN, S. (ed.), *Discrimination and Human Rights: the case of racism*, Oxford: OUP 2001, p. 111-33.

para aquellos estados que están atrasados cinco o más años en la entrega del informe. Este procedimiento permite que el CEDR examine la situación en dichos Estados en ausencia de un informe. Sin embargo, el procedimiento de peticiones individuales establecido por el artículo 14 se utiliza muy raramente. Hasta la fecha, solamente 51 Estados han reconocido la competencia del CEDR para recibir comunicaciones en conformidad con el artículo 14. El procedimiento mismo ha sido invocado únicamente 40 veces desde 1982 cuando el procedimiento de quejas entró en vigor (con la aceptación de 10 estados), y hasta la fecha únicamente 12 decisiones han sido adoptadas, ninguna de las cuales tiene que ver con los derechos de los pueblos indígenas.¹⁶

Además de los procedimientos de comunicación y la presentación de informes anteriormente mencionados, el CEDR innovó en 1993 un procedimiento de Alerta temprana y acción urgente (“EW/UA”, por sus siglas en inglés) y amendó sus Reglas de procedimiento con el fin de establecer un procedimiento de “seguimiento” y un “Coordinador encargado del seguimiento” en el 2004.¹⁷

El Procedimiento de seguimiento proporciona un mecanismo adicional al CEDR para que obtenga y actúe según información adicional de los estados en relación con cualquier medida tomada para llevar a cabo las recomendaciones hechas en las observaciones finales expuestas anteriormente.¹⁸ Una vez haya considerado cualquier información nueva, el CEDR puede adoptar una decisión formal, enviar una carta al estado en cuestión solicitando información, reiterar sus recomendaciones anteriores, establecer otras recomendaciones, o hasta invitar al estado parte para que se presente al CEDR con el fin de discutir el asunto de una forma más directa.¹⁹

La única decisión adoptada hasta la fecha bajo el Procedimiento de seguimiento concierne la discriminación en contra de los pueblos indígenas y tribales en Surinam. En esta decisión CEDR muestra que sus obser-

¹⁶ Statistical survey of individual complaints considered under the procedure governed by article 14 of the International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination. Disponible en: <http://www.ohchr.org/english/bodies/cerd/stat4.htm>.

¹⁷ Ver, Rules of procedure of the Committee on the Elimination of Racial Discrimination (HRI/GEN/3/Rev.2), Rule 65.

¹⁸ Ver, Guidelines to follow-up on concluding observations and Recommendations, CERD/C/68/Misc.5/Rev.1, 2 marzo de 2006 (solamente disponible en inglés) Disponible en: <http://www.ohchr.org/english/bodies/cerd/docs/CERD.C.68.Misc.5.Rev.1.pdf>

¹⁹ Cartas enviadas bajo el procedimiento de seguimiento en relación con los pueblos indígenas han sido enviadas a Guyana el 24/08/07 (en relación con el impacto discriminatorio de la Ley Amerindia de 2006); a los Estados Unidos de América el 19/08/2005 (en relación con la situación del pueblo Shoshone Occidental) y Botswana el 10/03/2005 (en relación con la discriminación en contra de las personas no-Tswana en la Ley de Territorios Tribales, la Ley de Cacicazgo y las secciones 77 a 79 de la Constitución). Disponibles en: <http://www.ohchr.org/english/bodies/cerd/followup-procedure.htm>

vaciones finales del 2004 generaron dudas acerca de la compatibilidad del borrador del Acta minera de Surinam con CIEDR, y declara que una "versión revisada del proyecto de la ley minera, aprobada por el Consejo de ministros de Surinam a finales de 2004 y la cual probablemente va a ser adoptada por la Asamblea Nacional en los próximos meses, no puede estar en conformidad con las recomendaciones del Comité."²⁰ Seguidamente solicita que Surinam haga sus comentarios acerca de esta evaluación dentro de un plazo de 60 días²¹ y recomienda que "garantice la conformidad del proyecto de la ley minera con la CIEDR, así como con las recomendaciones de 2004 del Comité."²² Sin embargo, Surinam no respondió, y CEDR consideró el proyecto de la ley minera y otros asuntos bajo el procedimiento de alerta temprana y acción urgente, adoptando dos decisiones en agosto del 2005 y del 2006.²³

En los últimos años el procedimiento de alerta temprana y acción urgente del CEDR ha atraído un gran interés por parte de los pueblos indígenas. Se trata de una amalgama de dos medidas separadas cuya intención es la de tratar con situaciones graves.²⁴ Los dos procedimientos son definidos por el documento de la ONU sobre la preparación de informes sobre los derechos humanos así:

Las medidas preventivas inmediatas tienen el fin de prevenir que los problemas existentes se transformen en conflictos. Pueden así mismo incluir medidas fiables para identificar y sostener todas aquellas que fortalezcan y refuercen la tolerancia racial, en particular para impedir el rebrote de un conflicto en el lugar donde se haya producido. Los procedimientos urgentes deben responder a los problemas que requieren atención inmediata con el fin de prevenir o limitar el aumento o el número de violaciones graves de la Convención. Los criterios para iniciar un procedimiento urgente comprenden, por ejemplo, la presencia de un grave patrón de comporta-

²⁰ Decisión 3(66), Surinam, 09/03/2005, CERD/C/66/SUR/Dec.3, en párraf. 3-4 (solamente disponible en inglés) Disponible en:

<http://www.ohchr.org/english/bodies/cerd/docs/CERD.C.66.SUR.Dec.3.pdf>

²¹ *Ibidem.* párraf. 5.

²² *Ibidem.* en párraf. 6.

²³ Ver, Decisión 1(67), Surinam, 18/08/2005, CERD/C/DEC/SUR/2; y Decisión 1(69), Surinam, 18/08/2006, CERD/C/DEC/SUR/3.

²⁴ Los antecedentes de estos procedimientos se describen en el documento de trabajo de 1993 del CEDR: Prevention of racial discrimination, including early warning and urgent procedures: working paper adopted by the Committee on the Elimination of Racial Discrimination, UN Doc. A/48/18, Annex III. Disponible en:

http://www.ohchr.org/english/bodies/cerd/docs/A_48_18_Annex_III_English.pdf

mientos persistente o masivo de discriminación racial; o una situación grave donde exista el riesgo de ulterior discriminación racial.²⁵

En 1993 el CEDR especificó que uno de los criterios que podría desencadenar el uso del procedimiento de alerta temprana es la "invasión de las tierras de comunidades minoritarias."²⁶ El CEDR enmendó esta afirmación en agosto del 2007 para rspecificar que la "invasión de las tierras tradicionales de los pueblos indígenas o eldesplazamiento forzado de estos pueblos de sus tierras, en particular con el propósito de explotar sus recursos naturales," es uno de los indicadores para invocar el procedimiento de alerta temprana y acción urgente, dependiendo de "la gravedad y la escala de la situación, incluyendo la intensificación de la violencia o del daño irreparable que podría ser infringido en las víctimas... " (Traducción no oficial).²⁷

Por estas y otras muchas razones, en años recientes, los pueblos indígenas han entregado "solicitudes muy bien referenciadas y discutidas agudamente" buscando que se considere su situación bajo el procedimiento de alerta temprana y acción urgente.²⁸ Estas solicitudes son examinadas por un subcomité del CEDR, y si se recomienda acción son discutidas en la plenaria.

A partir del 2003, 23 de las 29 decisiones o cartas adoptadas por el CEDR bajo el proceso de alerta temprana y acción urgente han estado relacionadas con pueblos indígenas. Las otras 6 decisiones se relacionan con Israel (2 veces), la situación en Darfur (2 veces), la situación de personas desplazadas en la Costa de Marfil, y finalmente la situación

²⁵ La preparación de informes sobre los derechos humanos (Manual on Human Rights Reporting), Ginebra, Naciones Unidas, 1997 (HR/PUB/91/1 (Rev.1)) en 302. Ver <http://www.unhcr.ch/html/menu6/2/training.htm>

²⁶ Prevention of racial discrimination, including early warning and urgent procedures: working paper adopted by the Committee on the Elimination of Racial Discrimination, UN Doc. A/48/18, Anexo III, en párrafo 9. Ver además Manual on Human Rights Reporting. Geneva: United Nations 1997 (HR/PUB/91/1 (Rev.1)), en 302.

²⁷ Guidelines for the Use of the Early Warning and Urgent Action Procedure. Advanced Unedited Version. Adoptado por el Comité sobre la eliminación de la discriminación racial, agosto del 2007, pág. 3.

²⁸ THORBERRY, P. *Confronting Racial Discrimination: A CERD Perspective*, 5 Human Rights Law Review 239- 69, 2005, en 248. Un número de estas solicitudes se encuentran disponibles en el sitio Internet del CEDR . Ver, <http://www.ohchr.org/english/bodies/cerd/sessions.htm> Ver además, M. O' Flaherty, The Committee on the Elimination of Racial Discrimination: non-governmental input and the early warning and urgent procedure. En, PRITCHARD, S. (ed.), *Indigenous Peoples, the United Nations and human rights* London: Zed Books, 1998.

en Etiopía.²⁹ Antes del 2003, el CEDR adoptó 8 decisiones relacionadas con los pueblos indígenas bajo el proceso de alerta temprana y acción urgente: México 1995, en relación con el conflicto en Chapas; cuatro en Papúa Nueva Guinea entre 1995-2002, todos en relación con Bougainville; y tres en Australia entre 1998-2000, todos en relación con enmiendas a la Ley de títulos nativos de 1993.³⁰

El tema del proceso de decisiones y de las cartas del procedimiento de alerta temprana y acción urgente abarca desde la situación de todos los pueblos indígenas en un país hasta la situación de un pueblo indígena en particular, o un número de pueblos indígenas en una situación similar en una región particular de un país.

Además, abarca desde la legislación (tanto en proyecto como aprobada) que afecta a los pueblos indígenas hasta el impacto actual o potencial de algunas actividades en sus derechos, particularmente si tenemos en cuenta la relación que existe con el impacto de las industrias extractivas.

Todas las decisiones adoptadas en Australia (según la Ley de títulos nativos (enmienda) de 1998),³¹ Surinam (proyecto de la ley minera del 2004)³² y Nueva Zelanda (Ley de la zona costera bañada por la marea y de los fondos marinos del 2004) estaban relacionadas con los aspectos discriminatorios de la legislación en proyecto o ya existente, particularmente en cuanto a sus relaciones con los derechos a la tierra y a los recursos, y al acceso a la reparación.³³

Las decisiones tomadas en relación con los Estados Unidos de América y con Laos (sudeste asiático) tratan con la situación que afecta a un pueblo indígena en particular - los Shoshone del oeste en el caso

²⁹ Ver <http://www.ohchr.org/english/bodies/cerd/early-warning.htm>

³⁰ Ver . MACKAY, F. (ed.), *Indigenous Peoples and United Nations treaty bodies: a compilation of United Nations treaty body jurisprudence 1993-2004*, Forest Peoples Programme, Moreton in Marsh, 2005, pág. 63-8.

³¹ Decisión 2 (54), Australia, 18/03/99, A/54/18, párrafo. 21(2) reconociendo que, "dentro de una amplia gama de prácticas discriminatorias que han sido dirigidas por muy largo tiempo en contra de los pueblos aborígenes de Australia y de los pueblos de la Isla del estrecho de Torres, los efectos de las prácticas discriminatorias raciales en relación con la tierra han prevalecido como un impedimento agudo de los derechos de las comunidades indígenas australianas"; Decisión 1(54), Australia, 11/08/98, UN Doc. A/53/18, párrafo. 22; y Decisión 1 (53), Australia, 11/08/98, A/53/18, párrafo.IIB1.

³² Decisión 1(67), Surinam,18/08/2005, CERD/C/DEC/SUR/2; y Decisión 1(69),Surinam,18/08/2006, CERD/C/DEC/SUR/3.

³³ Decisión 1 (66), Nueva Zelanda, 27/04/2005, CERD/C/DEC/NZL/1, en párrafo. 6 ("ante el Comité, la legislación parece en resumen tener aspectos discriminatorios en contra de los maorí, en particular en la extinción de la posibilidad de establecer títulos consuetudinarios maories sobre sus zonas de mareas y lechos marinos, y en su fracaso por proporcionar un derecho de compensación garantizado...").

de los EEUU³⁴, y los Hmong en el caso de Laos.³⁵ Lo mismo sucede con cartas recientes acerca de Chile, Brasil, Filipinas, Perú, Nicaragua y Belice.³⁶ Las decisiones o cartas relacionadas con las industrias extractivas (la tala de madera, la minería, y el petróleo) incluyen a Perú, Belice, Surinam, Filipinas y la República Democrática del Congo.

Finalmente, el CEDR considera que algunas de las situaciones presentadas bajo el procedimiento de alerta temprana y acción urgente son tan serias o persistentes, que merecen una atención adicional por parte de otros organismos de la ONU. Por ejemplo, en su decisión sobre Surinam en el 2005, el CEDR instó al Secretario General de las Naciones Unidas a dirigir la atención de los organismos competentes de la ONU hacia "la situación particularmente alarmante en relación con los derechos de los pueblos indígenas en Surinam...."³⁷ En la decisión sobre Surinam del 2006, el CEDR puso al corriente de esta situación al Alto Comisionado para los Derechos Humanos, a los organismos de las Naciones Unidas pertinentes, y "en particular al Consejo sobre Derechos Humanos ... y los invitó a tomar todas las medidas apropiadas...."³⁸ Se hizo una solicitud similar al Secretario General en la decisión de 2003 sobre Laos, la cual solicitó que las organizaciones de las Naciones Unidas y las agencias especializadas brindaran asistencia humanitaria a la población Hmong refugiada en ese país.³⁹

La Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial - CIEDR

La CIEDR es el instrumento primario internacional para tratar con los asuntos referentes a la discriminación racial.⁴⁰ Fue adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en 1965, y entró en vigor en enero de 1969. Hoy en día cuenta con 173 Estados partes y es uno de los instrumentos en derechos humanos más ratificado. Como podría esperarse, la

³⁴ Decisión 1(68), United States of America, 11/04/2006, CERD/C/USA/DEC/1, en párrafo 4 (tratando con violaciones de los derechos tradicionales a la tierra, y con las medidas tomadas " y aceleradas por el estado parte en relación con el estatus, uso y ocupación de esas tierras [que] puede acumulativamente llevar a un daño irreparable para las comunidades")

³⁵ Decisión 1(63), Laos People's Democratic Republic, 10/12/2003, CERD/C/63/Dec.1, párrafo 6(a) (instando a Laos para que "pare inmediatamente los actos de violencia en contra de los miembros de la población Hmong que hayan buscado refugio" en Laos).

³⁶ Ver, <http://www.ohchr.org/english/bodies/cerd/early-warning.htm>

³⁷ Decisión 1(67), Surinam, 18/08/2005, CERD/C/DEC/SUR/2, párrafo 7.

³⁸ Decisión 1(69), Surinam, 18/08/2006, CERD/C/DEC/SUR/3, párrafo 4.

³⁹ Decisión 1(63), Laos People's Democratic Republic, 10/12/2003, CERD/C/63/Dec.1, en párrafo 7.

⁴⁰ Para un tratamiento amplio de la CIEDR, ver BANTON, M. *International action against racial discrimination*. Oxford: Clarendon Press 1996.

CIEDR está repleta de referencias relacionadas con la igualdad a lo largo de su preámbulo y en sus artículos sustantivos, los cuales afirman que los seres humanos son libres e iguales en dignidad y derechos, y con el derecho de una igual protección de la ley contra de la discriminación o de cualquier instigación de discriminación. Por ejemplo, en el artículo 5 los Estados partes "se comprometen a prohibir y eliminar la discriminación racial en todas sus formas y a garantizar el derecho de toda persona a la igualdad ante la ley, sin distinción de raza, color y origen nacional o étnico" en el goce de todos los derechos humanos y de las libertades fundamentales.

La estructura de los siete artículos sustantivos de la CIEDR es relativamente simple y comprende una definición de la discriminación racial, la elaboración de las principales obligaciones del estado para eliminar y combatir la discriminación racial, un catálogo no exhaustivo de los derechos que no deberían estar sujetos a la discriminación, la obligación de establecer y mantener remedios efectivos en contra de la discriminación racial, y la obligación de establecer programas de educación dirigidos en contra de la discriminación racial. Esta sección revisa cada uno de estos artículos y señala un número de ejemplos de su aplicación en el caso de los pueblos indígenas.

a) Artículo 1

El Artículo 1 (1) de la CIEDR define el término de "discriminación racial" como "toda distinción, exclusión, restricción o preferencia basada en motivos de raza, color, linaje u origen nacional o étnico que tenga por objeto o por resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de los derechos humanos y libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural o en cualquier otra esfera de la vida pública." En La Recomendación General XXIV de 1999, el CEDR recalca que de acuerdo con la definición dada en el Artículo 1 (1), la CIEDR "trata con todas las personas que pertenecen a diferentes razas, grupos étnicos o nacionales, o pueblos indígenas."⁴¹ Esta definición es por lo tanto amplia y trasciende un entendimiento estrecho de la raza.

El argumento actual que el CEDR tiene con India en relación con la discriminación basada en las castas, muestra que éste no tolera fácilmente los

⁴¹ Recomendación general XXIV sobre Artículo 1, en párrafo 1. Ver además GRXXIII, en párrafo 1 (afirmando que) "En la práctica del Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial... la situación de las poblaciones indígenas ha merecido desde siempre su atención e interés. A este respecto, el Comité ha afirmado reiteradamente que la discriminación contra las poblaciones indígenas es una cuestión que incumbe a la Convención y que deben tomarse todas las medidas apropiadas para combatir y eliminar dicha discriminación."

intentos de los estados por excluir algunos grupos del alcance de las protecciones de la CIEDR.⁴² Efectivamente, a pesar de las objeciones duraderas y extenuantes de la India, la Recomendación General XXIX en el Artículo 1 (1) enfatiza que el CEDR considera la discriminación basada en la casta en contra de la población Dalit y de otros grupos, como discriminación basada en la descendencia, y por lo tanto conocible bajo la CIEDR.⁴³ Similarmente, el CEDR ha rechazado intentos de los estados por negar la existencia dentro de sus territorios de pueblos indígenas y/o minorías.⁴⁴

El Artículo 1(1) pone en claro que la CIEDR prohíbe la discriminación racial intencional al igual que la discriminación de hecho.⁴⁵ Por lo tanto, en el caso de la Ley de Fuerzas Armadas (Poderes especiales) de 1958 de la India, que es aparentemente neutral y se aplica a todas las personas habitando el noreste de India, el CEDR recomendó la revocación de dicha ley. Esta recomendación fue hecha en gran medida porque la población predominante en la región consiste de pueblos indígenas, y que son por lo tanto afectados de una manera desproporcionada.⁴⁶

Las observaciones realizadas por el CEDR en 2001 acerca de Chile muestran que los Estados partes deben, además, adoptar medidas legis-

⁴² India, 05/05/2007, CERD/C/IND/CO/19, párrafo 8 (explicando el desacuerdo del CEDR con la India como "se ha expresado en la recomendación No. 29 que 'la discriminación basada en la "ascendencia" comprende la discriminación de miembros de diversas comunidades basada en tipos de estratificación social como la casta y sistemas análogos de condición hereditaria que anulan o reducen el disfrute por esas personas, en pie de igualdad, de los derechos humanos") y; India, 17/09/96, CERD/C/304/Add.13, párrafo 14. Ver también, T. van Boven, *Discrimination and Human Rights Law: Combating Racism*, en FREDMAN, S. (ed.), *Discrimination and human rights: the case of racism*, Oxford: OUP 2001, p.111-33, 117-18 (describiendo la naturaleza y la longevidad del desacuerdo entre el CEDR y la India).

⁴³ Recomendación general XXIX, Artículo 1, en párrafo 1, (Ascendencia), 01/11/2002, en párrafo 1 (recomendando que los estados partes adopten medidas para "identificar las comunidades bajo su jurisdicción cuya situación se basa en consideraciones de ascendencia y que sufren discriminación, sobre todo en el marco de sistemas de castas y sistemas análogos de condición hereditaria...").

⁴⁴ Ver, infra Sección III.A.

⁴⁵ Inter alia, Australia, 14/04/2005, CERD/C/AUS/CO/14, en párrafo 19 (expresando la preocupación del Comité sobre "la gran diferencia que aún existe entre esos pueblos y otros sectores, en particular en las esferas del empleo, la vivienda, la salud, la educación y los ingresos" y recomendando que Australia "redoble sus esfuerzos por lograr la igualdad en el ejercicio de los derechos y asigne recursos suficientes a los programas destinados a eliminar las desigualdades...").

⁴⁶ India, 05/05/2007, CERD/C/IND/CO/19, párrafo 12. CEDR también consideró una sumisión de las ONG, que planteaba que la Ley de las Fuerzas Armadas (poderes especiales) también era discriminatoria en su objeto ya que "fue desde su principio específicamente diseñada para suprimir las aspiraciones a la libre determinación del pueblo indígena Naga," hecho que según las ONG es reconocido por el Comité de Derechos Humanos en su referencia al Artículo 1 del Pacto Internacional en relación con la situación en el noreste de India. Ver, Request for adoption of a Decision under the Urgent Action/ Early Warning Procedure in Connection with violation of Indigenous Peoples' Rights in North-east India, párrafo 12-7. Disponible en:

<http://www.ohchr.org/english/bodies/cerd/docs/ngos/fpp.doc>.

lativas, entre otras⁴⁷ para prohibir y contrarrestar la discriminación, recomendando "que se amplíe el ámbito de aplicación de la Ley indígena para que abarque la discriminación..."⁴⁸

Algunos Estados han discutido que las normas de igualdad requieren tratamientos homogéneos de todos los grupos y las personas, una posición refutada e ignorada por el CEDR. Por ejemplo, sabiendo de la reticencia de Botswana para reconocer la existencia de los pueblos indígenas, el CEDR observa que el objetivo del "Estado parte de forjar una nación según el principio de la igualdad de todos se haya llevado a efecto en detrimento de la protección de la diversidad étnica y cultural."⁴⁹ El CEDR anota que, frecuentemente, "el principio de la no discriminación requiere que los Estados partes tengan en cuenta las características culturales de los grupos étnicos" (traducción no oficial).⁵⁰

Además, añade al principio que la discriminación es evidente e ilegítima cuando los estados tratan a las personas de manera diferente en situaciones análogas, sin una justificación objetiva y razonable. A su vez cuando, sin una razón o justificación, los estados fallan en tratar de diferente manera a aquellas personas cuyas situaciones son significativamente diferentes.⁵¹

El CEDR explica por lo tanto a Botswana que bajo la Convención, "...el tratamiento preferente constituye discriminación si los criterios utilizados, conforme a los objetivos y propósitos de la Convención, no obedecen a una finalidad legítima o no son proporcionales al logro de esa

⁴⁷ Ver, inter alia, Nueva Zelanda, 15/08/2007, CERD/C/NZL/CO/17, en párrafo 21 (expresando la preocupación acerca de la "sobre-representación de los Maori entre los prisioneros y más generalmente en todas las etapas del sistema fiscal" y acogiendo "las medidas adoptadas por el estado parte para tratar con el asunto, incluyendo la investigación de la medida en la cual la sobre-representación del pueblo Maori pueda deberse a un sesgo racial en los arrestos, acciones judiciales o sentencias"), (traducción no oficial)

⁴⁸ Chile, 12/04/2001, CERD/C/304/Add.81, en párrafo 14.

⁴⁹ Botswana, 04/04/2006, CERD/C/BWA/CO/16, párrafo 9. Ver además, República Democrática de Congo, 17/08/2007, CERD/C/COD/CO/15, párrafo 14.

⁵⁰ Inter alia, República Democrática de Congo, idem.

⁵¹ Recomendación general XIV, Definición de discriminación (pár. 1 del art. 1), 22/03/93, en párrafo 2 (afirmando que "una diferencia en el tratamiento no constituirá una discriminación si el criterio para dicha diferenciación, juzgado con respecto a los objetivos y propósitos de la Convención, son legítimos o caen dentro del enfoque del artículo 1, párrafo 4, de la Convención. Considerando los criterios que podrían haber sido empleados, el Comité podría reconocer que acciones particulares pudieran tener propósitos diferentes. Para determinar si una acción tiene un efecto contrario a la Convención, el Comité mirará si esta acción tiene un impacto injustificable dispar sobre un grupo distinguido por la raza, el color, la descendencia y el origen nacional o étnico").

finalidad."⁵² La RGXXXIII demuestra que el reconocimiento y la protección de los derechos de los pueblos indígenas es no solamente un objetivo legítimo sino que además es un requisito de la CIEDR.

El punto final que quisiera tocar en relación con el Artículo 1(1) se refiere a las limitaciones de la 'vida pública'. Esto ha sido interpretado por algunos Estados con el fin de precluir obligaciones para legislar o adoptar medidas en relación con un conducto privado.⁵³ Sin embargo, dichas interpretaciones han sido rechazadas por el CEDR, porque el artículo 2(1) (d) de la CIEDR requiere que el Estado "enmiende su legislación para que se pueda sancionar y poner fin a toda discriminación racial practicada por personas, grupos u organizaciones."⁵⁴

Adicionalmente, el CEDR explica en su RGXX sobre el artículo 5 que "en la medida en que las prácticas de las instituciones privadas influyan en el ejercicio de los derechos o en la disponibilidad de oportunidades, el estado parte debe garantizar que el resultado de estas prácticas no tenga como finalidad ni como efecto crear o perpetuar la discriminación racial."⁵⁵

El CEDR, por lo tanto, cuestionará aquellos Estados cuando se haya alegado discriminación en el trabajo o en otros campos privados. Por ejemplo, en el caso de Australia, el Comité manifestó una gran preocupación en relación con el alto número de incidentes de discriminación en el empleo dirigidos a los pueblos originarios y a otros pueblos pertenecientes a las minorías, y solicitó una información más detallada "sobre los resultados logrados en la erradicación de la discriminación racial en la esfera del empleo."⁵⁶

De un modo parecido, conforme con el artículo 14 de la CIEDR, los Estados partes han sido considerados responsables por el comportamiento discriminatorio de los legisladores privados en la jurisprudencia del CEDR. En el comunicado 10/1997, por ejemplo, el CEDR encontró que Dinamarca era responsable por los actos discriminatorios de un banco privado que negó una solicitud de préstamo, ya que no inició una investigación apropiada de las acusaciones de discriminación por parte

⁵² Botswana, 04/04/2006, CERD/C/BWA/CO/16, párrafo 8.

⁵³ Ver, Multilateral Treaties deposited with the Secretary General, ST/LEG/SER.E/14, en 102 (con la declaración registrada por los Estados Unidos de América declarando que no acepta ninguna obligación bajo la CIEDR para aprobar legislación en relación con el conducto privado).

⁵⁴ Ver, United States of America, 14/08/2001, UN Doc. A/56/18, párrafos .380-407, en 392 (rechazando la interpretación de los estados Unidos de América de la CIEDR).

⁵⁵ Recomendación general XX, Aplicación no discriminatoria de los derechos y las libertades (art.5) 15/03/1996, párrafo 5.

⁵⁶ Canadá, 01/11/2002, UN Doc. A/57/18, párrafo 315-343, en 334. Ver además, República Democrática del Congo, 17/08/2007, CERD/C/COD/CO/15, en párrafo 19 (discutiendo los trabajos forzados que afectan al pueblo pigmeo).

del banco.⁵⁷ De otra manera, el CEDR recomendó que Dinamarca "adopte medidas para contrarrestar la discriminación racial en el mercado crediticio."⁵⁸ Esta decisión es ampliamente consistente con la opinión de la Corte Interamericana de derechos humanos de que la prohibición de la discriminación no solamente liga al estado parte a la Convención americana sobre los derechos humanos, sino que "genera efectos con respecto a terceros, inclusive particulares."⁵⁹ La Corte además explicó que "los efectos de la obligación de respeto de los derechos humanos en las relaciones entre particulares se especifican en el marco de la relación laboral privada en la que el empleador debe respetar los derechos de sus trabajadores."⁶⁰

Además, el CEDR ha hecho recomendaciones en diversas ocasiones dirigidas en parte a la conducta de las corporaciones transnacionales y también en relación con la regulación de las actividades extra territoriales de estas instituciones no-estatales. Con respecto al primero, las observaciones de Surinam del 2004 del CEDR recomiendan "que, tras consultar a los pueblos interesados, se incluyan en los contratos con las grandes empresas, cláusulas que especifiquen de qué manera contribuirán esas empresas a la promoción de los derechos humanos en esferas tales como la educación."⁶¹ En lo referente al segundo, las observaciones en relación con Canadá anotan "...con preocupación la información sobre los efectos negativos que las actividades económicas relacionadas con la explotación de recursos naturales en otros países por empresas transnacionales con domicilio social en el Canadá están teniendo sobre el derecho a la tierra, la salud, el medio vital y la forma de vida de los indígenas que viven en esas regiones (apartado d) del párrafo 1 del artículo 2, apartado a) del artículo 4 y apartado e) del artículo 5).."⁶² Por lo tanto, el CEDR recomienda que:

A la luz del apartado d) del párrafo 1 del artículo 2 y de los apartados a) y b) del artículo 4 de la Convención y de su

⁵⁷ Communication No. 10/1997: Dinamarca, 06/04/1999, CERD/C/54/D/10/1997, párrafo 9.3.

⁵⁸ *Ibidem.* párrafo 11.1.

⁵⁹ Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados Corte Interamericana de Derechos Humanos opinión consultiva, 17 de septiembre de 2003, Ser. A OC-18/03, en párrafo 110.

⁶⁰ *Ibidem.* en párrafo 146. Ver además, *idem.* el juicio coincidente del Juez A.A. Cancado-Trindade, párrafo 77 y 85, "las obligaciones erga omnes de protección vinculan tanto los órganos y agentes del poder público (estatal), como los simples particulares (en las relaciones inter-individuales). [y,] "...Los derechos fundamentales de los trabajadores migrantes, inclusive los indocumentados, son oponibles al poder público e igualmente a los particulares (v.g., los empleadores), en las relaciones inter-individuales."

⁶¹ Surinam, 12/03/2004, CERD/C/64/CO/9, párrafo 20.

⁶² Canadá, 25/05/2007, CERD/C/CAN/CO/18, párrafo 17.

Recomendación general N° XXIII relativa a los derechos de los pueblos indígenas, de 1997, el Comité alienta al Estado Parte a que adopte las medidas legislativas o administrativas adecuadas para impedir los actos de las empresas transnacionales con domicilio social en el Canadá que afecten negativamente el goce de los derechos de los indígenas de territorios situados fuera del Canadá.

El Comité recomienda, en particular, que el Estado Parte estudie la forma de responsabilizar a las empresas transnacionales con domicilio social en el Canadá. El Comité pide al Estado Parte que en su próximo informe periódico incluya información sobre los efectos en los pueblos indígenas de las actividades en el extranjero de empresas transnacionales con domicilio social en el Canadá y sobre las medidas adoptadas al respecto.⁶³

La CIEDR anticipa que, en algunos casos, esa discriminación positiva podría ser apropiada o requerida. El artículo 1(4) afirma que "las medidas especiales adoptadas con el fin exclusivo de asegurar el adecuado progreso de ciertos grupos raciales o étnicos o de ciertas personas que requieran la protección que pueda ser necesaria con objeto de garantizarles, en condiciones de igualdad, el disfrute o ejercicio de los derechos humanos y de las libertades fundamentales no se considerarán como medidas de discriminación racial."

El artículo 2(2) tiene un lenguaje similar a otros artículos y, siempre y cuando las circunstancias lo justifiquen, requiere establecer medidas especiales y concretas que garanticen el disfrute equitativo de los derechos.⁶⁴ Frecuentemente, son necesarios datos estadísticos o de otro tipo, bien se muestren desglosados o relativos, para determinar si las medidas previstas son justificables en la situación que viven varios grupos dentro de los Estados partes.

Al igual que otros organismos incluidos en el tratado de las Naciones Unidas,⁶⁵ el CEDR frecuentemente solicita la recolección de dichos

⁶³ *Ibidem.*

⁶⁴ Artículo 2(2) dice que: "Los Estados partes tomarán, cuando las circunstancias lo aconsejen, medidas especiales y concretas, en las esferas social, económica, cultural y en otras esferas, para asegurar el adecuado desenvolvimiento y protección de ciertos grupos raciales o de personas pertenecientes a estos grupos, con el fin de garantizar en condiciones de igualdad el pleno disfrute por dichas personas de los derechos humanos y de las libertades fundamentales. Esas medidas en ningún caso podrán tener como consecuencia el mantenimiento de derechos desiguales o separados para los diversos grupos raciales después de alcanzados los objetivos para los cuales se tomaron..."

⁶⁵ Ver, inter alia, las Observaciones finales: Ecuador, 13/09/2005 del Comité de los derechos del niño, CRC/C/15/Add.262, párrafo 23; y Nicaragua, 21/09/2005, CRC/C/15/Add.265, párrafo 18.

datos⁶⁶ y, más generalmente, explica que esta información es "necesaria para evaluar la aplicación de la Convención y supervisar las políticas que afectan a las minorías y a los pueblos indígenas."⁶⁷

En diferentes ocasiones el Comité ha declarado que se podrían requerir medidas especiales en favor de los pueblos indígenas para remediar la discriminación pasada y presente.⁶⁸ Sin embargo, alerta también que no debe confundirse medidas especiales con el reconocimiento y la protección de los derechos de los pueblos indígenas por sí mismos, siendo estos derechos independientes del paradigma de las medidas especiales. Por ejemplo, en su examen de Nueva Zelanda en 2007, el CEDR observa que "acuerdos jurídicos históricos han sido categorizados [por el estado] como medidas especiales para el desarrollo adecuado y la protección de los Maori."⁶⁹ Como una manera de refutar dicha caracterización, el Comité resalta que la atención del estado debe dirigirse entonces a "la distinción que debe hacerse entre medidas temporales o medidas especiales para el avance de grupos étnicos por un lado y los derechos de los pueblos indígenas por el otro (traducción no oficial)."⁷⁰

El CEDR ha rechazado la caracterización (algunas veces perversa) de algunas promulgaciones legislativas como medidas especiales, en favor de los pueblos indígenas para remediar la discriminación pasada, ya que las medidas en cuestión, según su interpretación, no beneficiaron a los

⁶⁶ Ver además, Guyana, 04/04/2006, CERD/C/GUY/CO/14, párrafo 8 (expresando preocupación por "la falta de datos estadísticos desglosados sobre el número de pueblos indígenas que existen en Guyana y su situación económica, así como sobre su disfrute en condiciones de igualdad de los derechos garantizados en la Convención"); Argentina, 24/08/2004, CERD/C/65/CO/1, párrafo 8; Guatemala, 15/05/2006, CERD/C/GTM/CO/11, párrafo 11.

⁶⁷ Costa Rica, 17/08/2007, CERD/C/CRI/CO/18, en párrafo 8.

⁶⁸ Ver, inter alia, Guatemala, 15/05/2006, CERD/C/GTM/CO/11, en párrafo 12 (recomendando que el Estado parte "tome medidas especiales como establece el artículo 2.2 de la Convención a favor de los pueblos históricamente discriminados, indígenas y afro descendientes"); Botswana, 04/04/2006, CERD/C/BWA/CO/16, en párrafo 8; Noruega, 18/08/2006, CERD/C/NOR/CO/18, en párrafo 17 (recomendando que Noruega "adopte medidas especiales y concretas que le permitan velar por el desarrollo y la protección adecuados de determinados grupos indígenas altamente vulnerables, a saber, el pueblo sami oriental..."); Bangladesh, 27/04/2001, CERD/C/304/Add.118, en párrafo 4; Guyana, 04/04/2006, CERD/C/GUY/CO/14, en párrafo 11-12 (recomendando al Estado Parte que "adopte una estrategia nacional o un plan de acción integrales que contemplen medidas especiales, de conformidad con el párrafo 2) del artículo 2 de la Convención, con el fin de garantizar a los pueblos indígenas el pleno disfrute en igualdad de condiciones de los derechos humanos y las libertades fundamentales, y que asigne recursos suficientes para tal fin."); Summary Record of the 1394th Meeting: Australia 09/02/01, CERD/C/SR.1394, 9 febrero 2001, párrafo 42 (declarando que "la población aborigen es distinta de las otras comunidades: está hasta tal punto desfavorecida que se justifica una "discriminación positiva" en su favor").

⁶⁹ Nueva Zelanda, 15/08/2007, CERD/C/NZL/CO/17, en párrafo 15.

⁷⁰ *Ibidem*.

recipientes.⁷¹ Por ejemplo, el CEDR encontró que en la Ley de títulos nativos (enmiendas) de 1998 de Australia "abundan las disposiciones por las que se extingue o menoscaba el ejercicio de los derechos e intereses en relación con los títulos indígenas y "crea seguridad jurídica para los gobiernos y terceros en detrimento de los títulos indígenas."⁷² Por lo tanto rechazó el intento de Australia de categorizar las enmiendas como medidas especiales, recalcando que la ley enmendada "no puede considerarse una medida especial conforme la interpretación del párrafo 4 del artículo 1 y del párrafo 2 del artículo 2 de la Convención..." ya que las modificaciones parecen "desvirtuar las salvaguardias de los títulos nativos ofrecidas en el fallo pronunciado por el Tribunal Supremo de Australia en el caso Mabo y la Ley de títulos nativos de 1993."⁷³

b) Artículo 2

El Artículo 2 de la Convención dice que dentro de las obligaciones del estado parte está el poner en efecto los derechos dispuestos a nivel nacional. El Artículo 2(1) declara que:

1. Los Estados partes condenan la discriminación racial y se comprometen a seguir, por todos los medios apropiados y sin dilaciones, una política encaminada a eliminar la discriminación racial en todas sus formas y a promover el entendimiento entre todas las razas, y con tal:

- a) Cada Estado parte se compromete a no incurrir en ningún acto o práctica de discriminación racial contra personas grupos de personas o instituciones y a vela por que todas las autoridades públicas e instituciones públicas, nacionales y locales, actúen en conformidad con ésta.
- b) Cada Estado parte se compromete a no fomentar, defender o apoyar la discriminación racial practicada por cualesquiera personas u organizaciones.
- c) Cada Estado parte tomará medidas efectivas para revisar las políticas gubernamentales nacionales y locales, y para enmen-

⁷¹ Ver además Recomendación general XIV, Definición de discriminación (pár. 1 del art. 1), 22/03/93, en párrafo 2 (explicando que "Dichos funcionarios deben recibir una formación intensiva para garantizar que, en el cumplimiento de sus deberes, respeten y protejan la dignidad humana y mantengan y defiendan los derechos humanos de todas las personas sin distinción de raza, color u origen nacional o étnico.")

⁷² Decisión 2 (54) sobre Australia, 18/03/99, en párrafo 6.

⁷³ *Ibidem.* en párrafo 8.

dar, derogar o anular las leyes y las disposiciones reglamentarias que tengan como consecuencia crear la discriminación racial o perpetuarla donde ya exista.

d) Cada Estado parte prohibirá y hará cesar por todos los medios apropiados, incluso, si lo exigieran las circunstancias, medidas legislativas, la discriminación racial practicada por personas, grupos u organizaciones.

e) Cada Estado parte se compromete a estimular, cuando fuere el caso, organizaciones y movimientos multirraciales integracionistas y otros medios encaminados a eliminar las barreras entre las razas, y a desalentar.

Estas obligaciones son amplias e incluyen la adopción, modificación o la revocación de los instrumentos legales, la adaptación, modificación o el revocamiento de declaraciones de políticas, y la adopción de social, económica, cultural y otras medidas variadas para dar efecto pleno e inmediato a la CIEDR en la ley nacional y en la práctica.⁷⁴ Como se menciona anteriormente, el artículo 2(2) estipula la adopción de medidas especiales cuando las circunstancias lo ameriten. Según el documento de la ONU sobre la preparación de informes sobre los derechos humanos, esta estipulación reconoce que "casi todos los estados partes tienen grupos étnicos o minoritarios como poblaciones indígenas, tribus, nómadas, trabajadores migratorios, refugiados, etc. Por consiguiente, ha de prestarse atención a la situación socioeconómica y política de estos grupos, para velar por que su desarrollo en los ámbitos social, económico y cultural se realice en condiciones de igualdad con el de la población en general."⁷⁵ Esta citación resalta una característica importante de la Convención: requiere una igualdad verdadera, o igualdad por los hechos, además de igualdad legal (o sea igualdad en la ley escrita): en efecto, "el objetivo de la igualdad de facto es un

⁷⁴ Inter alia, India, 05/05/2007, CERD/C/IND/CO/19, párrafo 11 (en este caso el Comité recomienda que el Estado parte revoque las disposiciones de la Ley de delincuentes habituales que sígan estigmatizando a los pueblos tribales); Indonesia, 15/08/2007, CERD/C/IDN/CO/3, párrafo 16 (recomendando que las leyes nacionales se enmienden de manera tal que "los conceptos de interés nacional, la modernización y el desarrollo económico y social sean definidos en una forma participativa, (y) abarquen diferentes puntos de vista e intereses de todos los grupos que viven en el territorio" (Traducción no oficial)); y Nueva Zelanda, 15/08/2007, CERD/C/NZL/CO/17, at para. 13-14, observando que el Tratado de Waitangi no hace parte de la ley nacional excepto en la medida en que sea incorporado por estatuto y recomendando que "el tratado de Waitangi sea incorporado en la legislación nacional cuando sea relevante, de manera consistente con el texto y el espíritu de dicho tratado. También debe asegurarse que la forma en que el tratado sea incorporado, y en particular en relación a la descripción de las obligaciones de la Corona bajo el Tratado, permita una mejor ejecución del mismo" (Traducción no oficial).

⁷⁵ La preparación de informes sobre los derechos humanos (Manual on Human Rights Reporting) Ginebra: Naciones Unidas 1997 (HR/PUB/91/1 (Rev.1)), en 277.

elemento esencial en la Convención."⁷⁶

La referencia a los "grupos" en el Artículo (2) corrobora la conclusión de que la CIEDR ofrece protección a los derechos de grupos o colectivos. Esta conclusión es apoyada por los Artículos 2(1)(a) y 4(a), los cuales, respectivamente, estipulan que los estados se comprometen a no participar en actos de "discriminación racial contra personas, grupos de personas o instituciones" y deben castigar la incitación a la discriminación racial "contra cualquier raza o grupo de personas." A este respecto, Thornberry explica que la CIEDR "tiene una orientación de grupo, hasta el punto tal que el "avance", el "desarrollo" y la "protección" se refiere tanto a grupos como a individuos, abriendo posibilidades significativas para tratar con los derechos colectivos de los grupos indígenas dentro de los parámetros de los derechos de la Convención."⁷⁷

c) Artículo 3

El Artículo 3 condena la segregación y el apartheid, y en cierta medida refleja la era en la que se esbozó la CIEDR.⁷⁸ Sin embargo, a pesar de que el apartheid se encuentra confinado a la historia en Suráfrica, como están otras formas de segregación en otras partes del mundo, el CEDR ha hecho el esfuerzo de asegurar que el Artículo 3 permanezca relevante, particularmente en relación a la vivienda, a la educación y a la segregación de facto.

En sus observaciones realizadas en 2004 en Brasil, por ejemplo, el CEDR declaró que "al Comité le preocupa la segregación racial de hecho que afecta a algunas poblaciones negras, mestizas e indígenas en zonas rurales y urbanas, como las conocidas "favelas"', y le recordó a Brasil que "la segregación racial puede surgir sin ninguna iniciativa o participación directa de las actividades públicas..."⁷⁹

Además, el Comité ha invitado a Brasil para que "siga vigilando todas las tendencias que puedan dar lugar a la segregación racial o étnica y a que se esfuerce por erradicar las consecuencias negativas que puedan tener."⁸⁰

⁷⁶ *Ibidem.* en 273 (declarando además que "Uno de los principales objetivos de la Convención es el de promover la igualdad racial. Así, la Convención no solo tiene como meta alcanzar la igualdad racial de jure, sino particularmente la igualdad de facto, la cual permite que los diferentes grupos étnicos, raciales y nacionales disfruten del mismo desarrollo social"). (Traducción no oficial)

⁷⁷ THORNBERRY, P. *Indigenous Peoples and Human Rights*. Manchester University Press 2002, en 208.

⁷⁸ Ver, Recomendación general XIX: Segregación racial y apartheid (art. 3) 18/08/95.

⁷⁹ Brasil, 12/03/2004, CERD/C/64/CO/2, en párrafo. 13.

⁸⁰ *Ibidem.*

d) Artículo 4

El Artículo 4 de la CIEDR pide, de igual manera, que los Estados partes "declaren como acto punible conforme a la ley toda difusión de ideas basadas en la superioridad o en el odio racial, toda incitación a la discriminación racial, así como todo acto de violencia o toda incitación a cometer tales actos contra cualquier raza o grupo de personas de otro color u origen étnico."⁸¹ A pesar de que este artículo sea discutido normalmente dentro del contexto de las percibidas tensiones con el derecho a la libertad de expresión - tensiones que son más aparentes que reales dado que el artículo 4(1) requiere la implementación "teniendo debidamente en cuenta los principios incorporados en la Declaración Universal de Derechos Humanos", entre otros - la jurisprudencia reciente del CEDR demuestra que permanece inquietantemente relevante para muchos pueblos indígenas.⁸² Por ejemplo, el 24 de agosto del 2007 el CEDR recomendó que Brasil urgentemente "Investigue, procese y condene aquellas personas responsables por la diseminación de ideas basadas en la superioridad o el odio racial, así como por la violencia o la incitación a dichos actos en contra de los pueblos indígenas en Raposa Serra do Sol, como se estipula en el artículo 4 de la Convención" (traducción no oficial).⁸³ De modo parecido, en las observaciones en Guatemala de 2006, el CEDR recomendó la promulgación del derecho penal para castigar los actos violentos dirigidos en contra de los pueblos indígenas y las personas de ascendencia africana.⁸⁴

El CEDR además ha citado el artículo 4 en relación con el clima político que rodea la adopción de la legislación. La legislación en cuestión es la Ley de la zona costera bañada por la marea y de los fondos marinos del 2004 de Nueva Zelanda, que fue aprobada después de un debate público y político hostil y divisivo acerca de los derechos del pueblo Maori. En 2005 una decisión de acción urgente enfocada en esta ley declaró la preocupación del CEDR "por el clima político...que constituyó el telón de fondo de la redacción y promulgación de la ley" y citando los artículos 2(1)(d) y 4 de la CIEDR, expresó la esperanza de que "todos los interlocutores de Nueva Zelanda se abstengan de explotar las tensiones raciales en su propio beneficio político."⁸⁵

⁸¹ Artículo 4(1)(a).

⁸² Ver, Recomendación general XV: Violencia organizada basada en el origen étnico (art. 4), 23.03/93, párrafo. 4, (exponiendo el punto de vista del CEDR de que el Artículo 4 es plenamente compatible con el derecho a la libertad de expresión).

⁸³ Letter to Brazil, Urgent Action and Early Warning Procedure, 24 de agosto 2007, en pág. 2. disponible en: <http://www.ohchr.org/english/bodies/cerd/docs/letterbrazil24aug07.pdf>.

⁸⁴ Guatemala, 15/05/2006, CERD/C/GTM/CO/11, párrafo 13.

⁸⁵ Nueva Zelanda, Decision 1 (66), 27/04/2005, CERD/C/DEC/NZL/1, en párrafo 3.

e) Artículo 5

El artículo 5 de la CIEDR presenta una lista no exhaustiva de derechos que los Estados partes deben igualmente proteger y respetar, y además garantizar sin ninguna discriminación de acuerdo con los artículos 1 y 2 de la Convención. El artículo 5 incluye los derechos económicos, sociales y culturales, así como los derechos políticos y civiles, y se aplica a todos los derechos humanos reconocidos en las leyes nacionales e internacionales.⁸⁶

Entre los derechos enumerados específicamente se encuentran el derecho a la igualdad de tratamiento en los tribunales y todos los demás órganos que administran justicia,⁸⁷ el derecho de tomar parte en la conducción de los asuntos públicos,⁸⁸ el derecho a ser propietario, individualmente y en asociación con otros (discutido en más detalle en la sección III.B),⁸⁹ el derecho a heredar, el derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión,⁹⁰ el derecho a la vivienda,⁹¹ el derecho a la educación y la formación profesional,⁹² y el derecho a participar, en condiciones de igualdad, en las actividades culturales.⁹³ En el 2000, el CEDR adoptó además una Recomendación general sobre las dimensiones de la discriminación racial relacionadas con el género⁹⁴, y desde entonces ha tratado con los derechos de las mujeres indígenas según en artículo 5. Podría decirse que su tratamiento de este tema ha sido más coherente que el del Comité para la eliminación de la discriminación contra la mujer.⁹⁵

⁸⁶ Recomendación general XX: Aplicación no discriminatoria de los derechos y las libertades (art. 5) 15/03/1996, párrafo 1. Ver, además T. Meron, *The Meaning and Reach of the International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination*, 79 *American Journal of International Law* 283, 285-6, 1985.

⁸⁷ Artículo 5(a).

⁸⁸ Artículo 5(c).

⁸⁹ Artículo 5(d)(v).

⁹⁰ Artículo 5(d)(vii).

⁹¹ Artículo 5(e)(iii).

⁹² Artículo 5(e)(v).

⁹³ Artículo 5(e)(vi).

⁹⁴ Recomendación general No. XXV, *Las dimensiones de la discriminación racial relacionadas con el género*, 20/03/2000, en párrafo 1 (explicando que "la discriminación racial no siempre afecta hombres y mujeres en igual medida ni de la misma manera. Existen circunstancias en que afecta únicamente o en primer lugar a las mujeres, o a las mujeres de distinta manera o en distinta medida que a los hombres").

⁹⁵ Ver, además, Canadá, 25/05/2007, CERD/C/CAN/CO/18, párrafo 15 y 20; Costa Rica, 17/08/2007, CERD/C/CRI/CO/18, párrafo 17 e India, CERD/C/IND/CO/19, 05/05/2007, párrafo 15.

El CEDR presta mucha atención a los derechos económicos, sociales y culturales expuestos en el artículo 5(e) en el caso de los pueblos indígenas.

Frecuentemente se destacan entre otros la salud y la educación, y el impacto de las actividades que ponen en peligro las formas de vida y los medios de vida tradicionales.⁹⁶ En relación con la construcción de represas en noreste de la India, el CEDR anota que "estos proyectos provocan una reubicación forzada y ponen en peligro las formas de vida tradicionales de las comunidades concernidas," y citó el artículo 5(e) que contiene todos los derechos económicos, sociales y culturales incluidos en la CIEDR.⁹⁷

En relación con los desalojos forzados de los pueblos tribales en la India en general, muestra preocupación específicamente bajo el artículo 5(e) (iii) en relación con el derecho a la vivienda.⁹⁸ De modo parecido, citando el artículo 5(e) in toto, en el 2007 el CEDR instó a Canadá "a asignar recursos suficientes para eliminar los obstáculos que impiden a los aborígenes disfrutar de sus derechos económicos, sociales y culturales,"⁹⁹ observando además específicamente bajo el artículo 5(e)(i) que los pueblos aborígenes continúan sufriendo la discriminación "en la contratación, la remuneración, el acceso a las prestaciones, la seguridad en el empleo, el reconocimiento de la competencia profesional y el lugar de trabajo, y están notablemente infrarrepresentados en los cargos públicos y los puestos de gobierno."¹⁰⁰

⁹⁶ Ver, además, Costa Rica, id. párrafo 13 (solicitando al estado aumentar sus esfuerzos para mejorar el goce de los pueblos indígenas de los derechos económicos y sociales y citando el artículo 5(e) (i), (iii), (iv) y (v)); República Democrática del Congo, 17/08/2007, CERD/C/COD/CO/15, párrafo 19 (animando al estado para intensificar sus esfuerzos para mejorar el goce de los derechos económicos, sociales y culturales de los pueblos indígenas y lo invita particularmente a tomar medidas para garantizar el derecho al trabajo, condiciones de trabajo decentes, educación y salud); Venezuela, 01/11/2005, CERD/C/VEN/CO/18, (animando al estado para hacer esfuerzos para mejorar los derechos económicos y sociales de los descendientes africanos y de los pueblos indígenas, como el derecho a la vivienda, a la salud y a los servicios sanitarios, el derecho a trabajar, y el derecho a una nutrición adecuada, con el fin de combatir la discriminación racial y eliminar las desigualdades estructurales"); y Australia, 14/04/2005, CERD/C/AUS/CO/14, párrafo 20 (mostrando preocupación "acerca de la amplia desigualdad existente entre los pueblos indígenas y los demás, y muy particularmente en lo referente a la vivienda, la salud, la educación y los ingresos" y recomendando entre otras, que Australia "ponga puntos de referencia para monitorear el progreso en las áreas claves de desventaja indígena").

⁹⁷ India, 05/05/2007, CERD/C/IND/CO/19, en párrafo 19.

⁹⁸ *Ibidem.* párrafo 20.

⁹⁹ Canadá, 25/05/2007, CERD/C/CAN/CO/18, en párrafo 21.

¹⁰⁰ *Ibidem.* en párrafo 24.

f) Artículo 6

El artículo 6 de la CIEDR reconoce que los recursos judiciales efectivos y otras soluciones son elementos indispensables del régimen de protección de los derechos humanos como un todo. Dice en las partes pertinentes, que los estados parte deben asegurar "protección y recursos efectivos, ante los tribunales nacionales competentes y otras instituciones del Estado, contra todo acto de discriminación racial... así como el derecho a pedir a esos tribunales satisfacción o reparación justa y adecuada por todo daño de que puedan ser víctimas como consecuencia de tal discriminación." En su recomendación general en relación con el artículo 6, el CEDR explica que cree que a menudo se subestima el grado en que los actos de discriminación racial e insultos por motivos raciales dañan la percepción de la parte ofendida de su propio valor y reputación.¹⁰¹ En consecuencia, el CEDR explicó que las obligaciones expuestas en el artículo 6 no se satisfacen necesariamente mediante el mero castigo de los autores, sino que además las cortes y otras autoridades competentes deben considerar el otorgar compensación financiera por daños, ya sean materiales o morales, sufridos por las víctimas.¹⁰²

El CEDR ha expresado frecuentemente su preocupación por el gran número de formas de discriminación¹⁰³ sufrida por los pueblos indígenas en conexión con el acceso a la justicia.¹⁰⁴ Esta discriminación es algunas veces patente y deliberada, y es todavía un problema fundamental en la mayoría de los estados, incluyendo aquellos que han sido presentados

¹⁰¹ Recomendación general XXVI: El artículo 6 de la Convención, 24/03/2000, en párrafo 1.

¹⁰² *Ibidem.* en párrafo 2.

¹⁰³ En un voto razonado de 2006, el presidente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos explica que "Las reivindicaciones de pueblos, comunidades y grupos indígenas, así como las correspondientes integrantes de éstas, son un buen ejemplo -o, de otra manera, un pésimo ejemplo- de la tardanza en hacer justicia. No se exagera cuando se afirma --hay abundancia de pruebas-- que en estos casos la espera ha consumido siglos..."). Voto razonado del Juez Sergio García Ramírez con respecto a la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos del 29 de marzo de 2006, en el caso comunidad indígena Sawhoyamaya vs. Paraguay, párrafo 5. Disponible en http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/votos/vsc_garcia_146_esp.doc.

¹⁰⁴ Ver, además, India, 05/05/2007, CERD/C/IND/CO/19, en párrafo 12 (en relación con la Ley sobre los poderes especiales de las fuerzas armadas)), 14 (relacionado con la formación de jueces y fiscales sobre los derechos de los pueblos indígenas y medidas disciplinarias o penales contra los policías que han cometido delitos contra las castas y tribus desfavorecidas), párrafo 27 (relacionado con la investigación y juicio de los delincuentes según la Ley de prevención de atrocidades contra las castas y tribus desfavorecidas de 1989 y Guyana, 04/04/2006, CERD/C/GUY/CO/14, párrafo 17 (recomendando que el Estado brinda a los pueblos indígenas un "recurso efectivo para desafiar cualquier decisión relacionada con la toma obligada de su propiedad"). Ver además, Recomendación general N° XXXI sobre la prevención de la discriminación racial en la administración y el funcionamiento de la justicia penal de 2005.

como ejemplos positivos en asuntos generales de derechos humanos y derechos indígenas. Por ejemplo, Nueva Zelanda es frecuentemente citada como un ejemplo positivo de un estado que quiere brindar justicia por la discriminación histórica hacia sus pueblos indígenas, y en particular a través del Tribunal Waitangi.¹⁰⁵ Sin embargo, tal y como lo han hecho saber muchas tribus maorí por largo tiempo, el CEDR ha observado recientemente que las recomendaciones del Tribunal de Waitangi "por lo general no son vinculantes y que el Gobierno únicamente aplica un porcentaje reducido de esas recomendaciones. El Comité considera que esos arreglos privan a los demandantes del derecho a un recurso efectivo y debilita su posición al entablar negociaciones con la Corona."¹⁰⁶ El CEDR también ha llamado la atención a Canadá en un número de ocasiones debido a problemas con los procesos de acuerdo en los reclamos de tierras, y por insistir en la extinción de los derechos aborígenes en los acuerdos de pago.¹⁰⁷

De modo parecido, mientras la jurisprudencia de Canadá referente a los derechos aborígenes es citada ampliamente alrededor del mundo, el CEDR observó correctamente en el 2002 "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..."¹⁰⁸ Además, anota que

¹⁰⁵ Ver, en general, SHARP, A. *Justice and the maori. The philosophy and practice of maori claims in New Zealand since the 1970* (2nd Ed.), Auckland: Oxford University Press, 1997 and; R. Hill, *Politicizing the Past: Indigenous Scholarship and Crown-Maori Reparations Processes in New Zealand*, 16 *Social & Legal Studies* 163, 2007.

¹⁰⁶ Nueva Zelanda, 15/08/2007, CERD/C/NZL/CO/17, párrafo 18. Ver además, Nueva Zelanda, Decisión 1 (66), 27/04/2005, CERD/C/DEC/NZL/1, párrafo 6 (decisión adoptada bajo acción urgente y el procedimiento de alerta temprana que resalta en particular el problema de la Ley de la zona costera bañada por la marea y de los fondos marinos del 2004 que tiene el poder de "...anular la posibilidad de que establezcan los títulos consuetudinarios (maori) de propiedad sobre la zona costera bañada por la marea y los fondos marinos, y no garantizar el derecho de reparación, pese a las obligaciones del Estado Parte dimanantes de los artículos 5 y 6 de la Convención.").

¹⁰⁷ Canadá, 25/05/2007, CERD/C/CAN/CO/18, párrafo 22 ("tomando nota de la información de que el método de la "renuncia" a los títulos de propiedad de las tierras de los aborígenes ha sido abandonado por el Estado parte en favor de los métodos de la "modificación" y la "no afirmación, el Comité sigue preocupado porque no se observan diferencias entre los resultados de estos nuevos métodos y los del método anterior") Canadá, 01/11/2002, UN Doc. A/57/18, párrafo 315-343, párrafo 331; y Canadá, 02/08/94, UN Doc. A/49/18, párrafo 298-331.

¹⁰⁸ Canadá, 01/11/2002, UN Doc. A/57/18, párrafo 315-343, y párrafo 330; Canadá ,25/05/2007, CERD/C/CAN/CO/18, párrafo 22 (expresando preocupación "que las reivindicaciones territoriales de los aborígenes se resuelvan fundamentalmente mediante procesos legales, a un costo desproporcionado para las comunidades aborígenes en cuestión, a causa de las posiciones fuertemente contrapuestas de los gobiernos provinciales y federal...[y reiterando] "su recomendación anterior de que el Estado Parte estudie las formas de facilitar el establecimiento de pruebas de los títulos de propiedad de la tierra de los aborígenes en los procedimientos ante los tribunales". Ver además, Australia, 14/04/2005, CERD/C/AUS/CO/14, párrafo 17 (observando que "la gran rigurosidad de las pruebas exigidas tiene como consecuencia que muchos pueblos indígenas no puedan ver reconocida su relación con sus tierras tradicionales"); y ver a este respecto, *Yorta Yorta v. Victoria*, 194 ALR 538 (2002) (un caso australiano que favorece las pruebas escritas de los colonos blancos por sobre la historia oral de los pueblos aborígenes, negando la existencia de los derechos a los títulos nativos).

"hasta la fecha ningún grupo aborigen [ha podido probar ante el estado la posesión de] títulos aborígenes", y recomendó que Canadá "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."¹⁰⁹ De igual manera, en el caso de Suecia, el CEDR observa que "en los casos de disputas territoriales entre los Sami y otras personas en los tribunales de justicia, con frecuencia prevalecen los intereses de éstas últimas sobre los de los Sami y, de que al parecer, los Sami no disponen de los medios financieros necesarios para sufragar el litigio sobre sus derechos a la tierra."¹¹⁰

En el caso de Surinam, el problema es más grave e ilustra el grado de discriminación que todavía viven muchos pueblos indígenas. Tal y como lo observó el CEDR en el 2004, el proyecto de la Ley de Minería, aprobada por el gobierno y con su promulgación pendiente en la Asamblea General, aporta a las personas no indígenas recursos judiciales, aunque niega explícitamente estos recursos a los pueblos indígenas, los cuales deben apelar al ejecutivo para conseguir una decisión vinculante.¹¹¹ Según la nota explicatoria del proyecto de la Ley, esta patente discriminación está justificada ya que "los derechos tradicionales no son apropiados para un procedimiento [judicial] normal, ya que tratan con los derechos comunales y no los derechos individuales."¹¹² Este es el caso en Surinam porque, tal y como lo explicó el CEDR, "los pueblos indígenas y tribales como tales no puedan reclamar el reconocimiento de sus derechos tradicionales ante los tribunales porque legalmente no se los reconoce como personas jurídicas."¹¹³ En otras palabras, los pueblos indígenas y tribales en Surinam (al menos 90.000 personas que comprenden aproximadamente 20 por ciento de la población) son invisibles para las leyes y el sistema judicial nacional y, por lo tanto, son incapaces de entablar o buscar la aplicación de sus derechos comunales.

¹⁰⁹ Canadá, 01/11/2002, *ibidem*.

¹¹⁰ Suecia, 10/05/2004, CERD/C/64/CO/8, párrafo 14. Ver además El Salvador, 04/04/2006, CERD/C/SLV/CO/13, párrafo 16 (recomendando que el estado "considere la posibilidad de eximir del pago de tarifas judiciales a los pueblos indígenas").

¹¹¹ Surinam, 12/03/2004, CERD/C/64/CO/9, párrafo 14.

¹¹² Explanatory Note to article 76 of the Suriname's Draft Revised Mining Act, noviembre de 2004, en página 28.

¹¹³ Surinam, 12/03/2004, CERD/C/64/CO/9, párrafo 14- Ver además Decisión 1(67), Surinam, CERD/C/DEC/SUR/2, 18 de agosto 2005; y Decisión 1(69), Surinam, CERD/C/DEC/SUR/3, 18 de agosto 2006 (ambas adoptadas bajo el procedimiento de alerta temprana y acción urgente y tratando con el Proyecto de la Ley de Minería).

Por último, el CEDR ha expresado preocupación acerca del fracaso para reconocer los sistemas legales de los pueblos indígenas y sus costumbres en la administración de justicia. Sus observaciones sobre Guatemala, por ejemplo, expresan una preocupación "por las dificultades de acceso a la justicia de los pueblos indígenas, en particular por la falta de reconocimiento y aplicación del sistema jurídico indígena y la falta de suficientes intérpretes y defensores de oficio bilingües competentes en los procedimientos judiciales."¹¹⁴ A este respecto, la Recomendación General XXXI sobre la prevención de la discriminación racial en la administración y el funcionamiento de la justicia penal hace un llamado a los estados partes, *inter alia*, para asegurar el respeto y el reconocimiento de los sistemas jurídicos tradicionales de los pueblos indígenas.¹¹⁵

g) Artículo 7

El artículo 7 de la CIEDR exige que los Estados partes "se comprometan a tomar medidas inmediatas y eficaces, especialmente en las esferas de la enseñanza, la educación, la cultura y la información, para combatir los prejuicios que conduzcan a la discriminación racial y para promover la comprensión, la tolerancia y la amistad entre las naciones y los diversos grupos raciales o étnicos..." En su mayoría, este artículo no recibe la atención que merece, y esto es cierto para los estados, los pueblos indígenas, las ONG, y tal vez para el CEDR mismo. Según mi opinión, la necesidad de prestar atención en esta parte de la Convención es importante en cualquier esfuerzo a largo plazo para tratar con cualquier forma de discriminación.

A pesar de que el CEDR se enfoca más que nada en el sistema de educación, también hace referencia al artículo 7 en relación con las actividades de los medios y si los pueblos indígenas tienen acceso a sus propios medios o no.¹¹⁶ Por ejemplo, planteó los dos aspectos en su examen de Guatemala en 2006, expresando su preocupación "por las actitudes de desprecio y rechazo hacia los indígenas en los medios de

¹¹⁴ Ver, por ejemplo, Guatemala, 15/05/2006, CERD/C/GTM/CO/11, párrafo 15 (expresando una preocupación "por las dificultades de acceso a la justicia de los pueblos indígenas, en particular por la falta de reconocimiento y aplicación del sistema jurídico indígena y la falta de suficientes intérpretes y defensores de oficio bilingües competentes en los procedimientos judiciales.")

¹¹⁵ Recomendación general N° XXXI sobre la prevención de la discriminación racial en la administración y el funcionamiento de la justicia penal de 2005.

¹¹⁶ Con respecto al sistema de educación, ver, *inter alia*, Nueva Zelanda, 15/08/2007, CERD/C/NZL/CO/17, párrafo 20 (el Comité alienta al estado parte a que incluya referencias al Tratado de Waitangi en la versión final del nuevo plan de estudios de Nueva Zelanda. El Estado Parte debería velar por que las referencias al Tratado que se hagan en el plan de estudios, se adopten o se modifiquen en consulta a los maoríes."); y India, 05/05/2007, CERD/C/IND/CO/19, párrafo 27.

comunicación" y "el hecho de que las radiodifusoras comunitarias sólo alcancen a menos de un kilómetro de radio, negando de esta manera a las comunidades indígenas el disfrute de este medio de comunicación."¹¹⁷

Los derechos sustantivos de los pueblos indígenas bajo la CIEDR

El CEDR considera, como discriminatorio *per se* bajo la CIEDR, el fracaso a la hora de reconocer y proteger los derechos colectivos e individuales de los pueblos indígenas y sus miembros. Por lo tanto, el Comité no emplea necesariamente un análisis comparativo u otro estándar de la no-discriminación para decidir si los actos o las omisiones son discriminatorios. Tal y como se declaró anteriormente, la Recomendación general XXIII expresa el entendimiento del CEDR de la aplicación de las normas de la no discriminación y de la igualdad en el contexto indígena, y a su vez, su entendimiento de las obligaciones correspondientes de los estados bajo la CIEDR. El artículo 5 de la Convención extiende el alcance de estas normas a todos los derechos humanos y a las libertades fundamentales irrespectivamente de si su origen es el derecho nacional o internacional.

La CIEDR además ofrece protección a los derechos de grupo o colectivos y esto se manifiesta en un sentido en las referencias de la Recomendación general XXIII a los "pueblos indígenas" como entidades colectivas, y al reconocimiento de sus derechos para mantener y desarrollar libremente sus propias identidades culturales.¹¹⁸ El derecho de los pueblos a la igualdad y a la protección igualitaria también se declara en el artículo 19 de la Carta Africana sobre los Derechos Humanos y de los Pueblos y en la Declaración de Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas del 2007 ("DNUDPI"). Esta última estipula que: "Los pueblos y los individuos indígenas son libres e iguales a todos los demás pueblos y personas y tienen derecho a no ser objeto de ningún tipo de discriminación en el ejercicio de sus derechos, en particular la fundada en su origen o identidad indígenas."¹¹⁹

Victoria Tauli Corpuz explica que la DNUDPI "hace que la frase de abertura de la Carta de las Naciones Unidas "Nosotros los Pueblos...."

¹¹⁷ Guatemala, 15/05/2006, CERD/C/GTM/CO/11, párrafo 23.

¹¹⁸ Recomendación general XXIII, párrafo 4.

¹¹⁹ Declaración sobre los derechos de los pueblos indígenas de las Naciones Unidas, Artículo 2, UN Doc. A/61/L.67.07 septiembre 2007. Disponible en: <http://www2.ohchr.org/spanish/issues/indigenous/declaration.htm>

sea significativa para 370 millones de personas indígenas alrededor de todo el mundo."¹²⁰ A este respecto, y de conformidad con la jurisprudencia del Comité de derechos humanos¹²¹ y el Comité de derechos económicos, sociales, y culturales bajo el artículo 1 común del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales,¹²² la DNUDPI reconoce, en el artículo 3, que "los pueblos indígenas tienen derecho a la libre determinación. En virtud de ese derecho determinan libremente su condición política y persiguen libremente su desarrollo económico, social y cultural."¹²³ El artículo 4 añade que "los pueblos indígenas, en ejercicio de su derecho de libre determinación, tienen derecho a la autonomía o el autogobierno en las cuestiones relacionadas con sus asuntos internos y locales, así como a disponer de los medios para financiar sus funciones autónomas."

En 1996, el CEDR adoptó una Recomendación general sobre el derecho a la autodeterminación. Aunque no se refiere directamente a los pueblos indígenas (más bien trata de negar que un derecho unilateral de secesión existe dentro de la ley internacional) esta recomendación confirma que el derecho a la libre determinación se aplica a los

¹²⁰ Statement of Victoria Tauli-Corpuz to the UN General Assembly on the Adoption of the UN Declaration on the Rights of Indigenous Peoples, 13 de septiembre de 2007 (en archivo con el autor).

¹²¹ Ver, además, Observaciones finales del Comité de derechos humanos: Canadá, 20/04/2006. UN Doc. CCPR/C/CAN/CO/5; Brasil, 01/12/2005. UN Doc. CCPR/C/BRA/CO/2; Noruega, 25/04/2006. UN Doc. CCPR/C/NOR/CO/5; Apirana Mahuika et al. vs. Nueva Zelanda, (Comunicación No. 547/1993, 15/11/2000), UN Doc. CCPR/C/70/D/547/1993 (2000), párrafo 3 y 9.2; y J.G.A. Diergaardt (late Captain of the Rehoboth Baster Community) et al. v. Namibia, Comunicación No. 760/1997. UN Doc. CCPR/C/69/D/760/1997 (2000), párrafo 10.3. Para una discusión amplia del asunto por un miembro antiguo del Comité de derechos humanos, ver, M. Scheinin, *The Right to Self-Determination under the Covenant on Civil and Political Rights*, en AIKIO, P. y SCHEININ, M.(eds.), *Operationalizing the right of indigenous peoples to self-determination*, Turku: Institute for Human Rights, Abo Akademi University, 2000.

¹²² Ver, inter alia, Comentario general No. 15, El derecho al agua (artículos 11 y 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales). UN Doc. E/C.12/2002/11, 26 noviembre de 2002, párrafo 7; y Observaciones finales del Comité sobre los derechos económicos, sociales y culturales: Federación de Rusia. 12/12/2003. UN Doc. E/C.12/1/Add.94, párrafo 11 y 39.

¹²³ El Grupo de Trabajo sobre Poblaciones/Comunidades Indígenas de la Comisión Africana explica que ya que el artículo 1 de los Pactos internacionales es parte del derecho internacional, ratificado por muchos Estados africanos, que "existe una obligación por parte de los estados africanos de honrar los derechos otorgados a los pueblos indígenas bajo el artículo 1 común del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, así como el artículo 27 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos." (traducción no oficial)." Informe del Grupo de Trabajo sobre Poblaciones/Comunidades Indígenas de la Comisión Africana. Sometido de acuerdo con la "Resolución sobre los derechos de las poblaciones/comunidades indígenas en África" Adoptado por la Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos en su 28 sesión ordinaria, Copenhague: AfCOM/IWGIA 2005, en p. 78.

pueblos dentro de los estados independientes.¹²⁴ Además, entabla un lazo específico entre la libre determinación y el respeto de los derechos humanos, recomendando que los estados deberían ser "sensibles por los derechos de las personas pertenecientes a grupos étnicos, en particular sus derechos a vivir con dignidad, a mantener su cultura, a compartir en forma equitativa los resultados del crecimiento nacional y a desempeñar el papel que les corresponde en el gobierno de los países de los cuales son ciudadanos;" y que el estado confiere "a las personas pertenecientes a los grupos étnicos o lingüísticos formados por sus ciudadanos...el derecho a realizar actividades de interés especial para la conservación de la identidad de dichas personas o grupos."¹²⁵

La DNUDPI en su totalidad reconoce una concepción de la libre determinación significativamente más expandida que aquella expuesta en la Recomendación general de 1996 del CEDR, la cual se enfoca en gran medida en el ejercicio de los derechos individuales. Mientras se espera que el CEDR empiece a hacer referencia a la DNUDPI en sus observaciones finales, será interesante ver si comienza a referenciar explícitamente el derecho a la libre determinación, actualmente aprobado en el contexto indígena por la Asamblea General de las Naciones Unidas, y si lo hace, cómo lo va a hacer. Sus prácticas anteriores proveen indicaciones fuertes (y positivas) de que pondrá énfasis en los atributos prácticos del derecho a la libre determinación más que en las declaraciones dogmáticas.

En sus observaciones finales, el CEDR ha tratado el tema de la autodeterminación en relación con los aspectos políticos y de autogobierno. Por ejemplo, sus observaciones sobre Guyana de 2006 implícitamente rechazaron un esquema legislativo estipulando que "las decisiones adoptadas por los consejos de aldea de las comunidades indígenas relativas, inter alia, a la realización de investigaciones científicas y a las actividades mineras a gran escala en su territorio, así como al régimen fiscal, están supeditadas a su aprobación y publicación en el Boletín Oficial por parte del Ministro correspondiente...."¹²⁶ Al hacer eso, el CEDR recomendó que Guyana reconozca y apoye los consejos de aldea que están "dotados de las competencias necesarias para que administren autónomamente y controlen el uso, la gestión y la conservación de las tierras y los recursos tradicionales."¹²⁷ Mientras que muchos pueden objetar al uso del término "administración autónoma" en este contexto, a diferencia de autogo-

¹²⁴ Recomendación general XXI: Derecho a la libre determinación, 1996, párrafo 5.

¹²⁵ *Ibidem*.

¹²⁶ Guyana, 04/04/2006, CERD/C/GUY/CO/14, párrafo 15.

¹²⁷ *Ibidem*.

bierno o cualquier otra fuerte terminología, esta recomendación trata en buena medida con la sustancia de las quejas levantadas por los pueblos indígenas de Guyana.¹²⁸

El CEDR hizo énfasis en la importancia ligada a este asunto exigiendo que Guyana rinda un informe dentro de un año, bajo el procedimiento de Seguimiento, sobre las medidas que ha adoptado para implementar su recomendación acerca de los poderes de los consejos de aldeas.¹²⁹ Sin embargo, Guyana no cumplió con este requisito, y en agosto de 2007 el CEDR escribió a Guyana dándole 90 días para entregar la información requerida o sino podría "decidir considerar los asuntos relevantes bajo el procedimiento de alerta temprana y acción urgente en la sesión 72... a la luz de la información recibida por otras fuentes."¹³⁰ Además, el Comité anotó que había recibido información indicando que Guyana se oponía a implementar sus recomendaciones y que el Ministro de asuntos indígenas de Guyana "ha expresado el punto de vista de que en algunos casos los Consejos de aldeas tienen demasiado poder."¹³¹

En el caso de Indonesia, más generalmente, el CEDR acogió los "esfuerzos realizados hacia la descentralización del poder y la consolidación de la autonomía regional", al mismo tiempo lamentando que Indonesia no haya sometido la información acerca de la implementación de la Ley de autonomía especial de Papua de 2001.¹³² En el 2007, presionó a Costa Rica para remover, sin demora, los "impedimentos legislativos" entorpeciendo la promulgación de la Ley de desarrollo autónomo de los pueblos indígenas, la cual tiene como finalidad "la completa autonomía de los indígenas y el reconocimiento de su derecho a disfrutar de su propia cultura, así como del derecho a administrar sus territorios."¹³³ El CEDR también expresó su aprobación del Estatuto de Autonomía de 1987 de Nicaragua, "que establece un régimen especial de autonomía para las dos regiones de la costa

¹²⁸ Ver, Solicitud para la adopción de una decisión bajo el procedimiento de acción temprana/acción urgente en conexión con la Adopción inminente de la legislación de discriminación racial por la República de Guyana y comentarios sobre el informe del estado parte de Guyana (traducción no oficial) (CERD/C/446/Add.1). Asociación de Pueblos Amerindios de Guyana/Forest Peoples Programme, 20 enero de 2006. Disponible en:

http://www.forestpeoples.org/documents/s_c_america/guyana_cerd_ua_jan06_eng.pdf

¹²⁹ Guyana, 04/04/2006, CERD/C/GUY/CO/14, párrafo. 28.

¹³⁰ Letter to the Permanent Mission of Guyana, Follow-Up Procedure, 24 de agosto de 2007, en p. 3. Disponible en: <http://www.ohchr.org/english/bodies/cerd/docs/LetterGuyana24Aug07.pdf>

¹³¹ *Ibidem*. p. 2.

¹³² Indonesia, 15/08/2007, CERD/C/IDN/CO/3, párrafo 22. Ver además Canadá, 02/08/94, A/49/18, párrafo 298-331, 306 (solicitando información sobre los acuerdos de distribución de tierras con régimen de gobiernopropio entre las autoridades de la Corona y provinciales y los pueblos aborígenes).

¹³³ Costa Rica, 17/08/2007, CERD/C/CRI/CO/18, párrafo 9 y; Costa Rica, 20/03/2002, CERD/C/60/CO/3, párrafo 12.

atlántica de Nicaragua en las que viven la mayoría de las minorías étnicas y los grupos indígenas."¹³⁴

Es interesante anotar, en el contexto de esta discusión, que el artículo 235 de la Constitución de 1996 de Suráfrica dispone que "el derecho del pueblo surafricano como un todo a la libre determinación, tal y como se manifiesta en esta Constitución, no descarta, dentro del marco de su derecho, el reconocimiento de la noción del derecho a la libre determinación de cualquier comunidad que comparte un patrimonio cultural y lingüístico común, dentro de una entidad territorial en la República, o de cualquier otra manera, determinada por la legislación nacional" (traducción no oficial).¹³⁵

En relación con el fracaso de Suráfrica en reconocer totalmente su identidad y derechos particulares, los pueblos indígenas del país pueden en principio invocar este derecho en los informes presentados al CEDR, como un asunto de ley nacional que requiere respeto sin discriminación según los artículos 2 y 5 de la CIEDR.

En sus observaciones de 2006, el CEDR anotó que los pueblos indígenas en Suráfrica son "entre otros, las comunidades khoi, san, nama y griqua y, en particular, los grupos de cazadores recolectores, pastores y nómadas."¹³⁶

Anotando que el estado no ha aportado ninguna información en referencia con las medidas adoptadas en relación con el disfrute de sus derechos, citó la RGXXIII y solicitó que Suráfrica entregue información detallada de la situación de los pueblos indígenas en su próximo informe.¹³⁷

Lo que queda de esta sección discute la jurisprudencia del CEDR a medida que se relaciona con tres atributos importantes del derecho a la libre determinación: la autoidentificación, los derechos a las tierras, territorios y recursos, y el derecho a dar o negar el consentimiento. Cada uno de ellos es tratado en la RGXXIII y otras recomendaciones generales expedidas por el CEDR, así como en las observaciones finales y las decisiones o cartas adoptadas bajo los procedimientos de seguimiento, de alerta temprana y de acción urgente.

¹³⁴ Nicaragua, 22/09/95, A/50/18, párrafos 499-541, en 523 (ver, además, párrafo 524 y, en 526, ambos expresando la aprobación de las disposiciones del Estatuto de Autonomía, y principalmente en lo relativo a la concertación de acuerdos entre los gobiernos regionales y central sobre la utilización y explotación racionales de los recursos naturales...).¹³⁵ La sección 233 de la Constitución dispone más adelante que "Cuando se interpreta cualquier legislación, los tribunales deben preferir cualquier interpretación razonable de la legislación que sea consistente con la ley internacional por sobre de cualquier interpretación alternativa que sea inconsistente con el derecho internacional" (traducción no oficial)."

¹³⁶ Sudáfrica, 22/08/2006, CERD/C/ZAF/CO/3, en párrafo 19

¹³⁷ *Ibidem*.

a) Autoidentificación

La RGXXIII declara que la CIEDR se aplica a los pueblos indígenas y que los estados partes están obligados a combatir y eliminar la discriminación en contra de los pueblos indígenas.¹³⁸ Sin embargo, no explica quienes son estos pueblos indígenas ni ofrece una definición en la cual los estados partes puedan depender a este respecto. El CEDR tampoco ha adoptado o especificado cualquier definición del término 'indígena', a pesar de que ocasionalmente se refiere a algunas partes de la definición de pueblos indígenas contenida en el artículo 1(1) del Convenio sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes de 1989 (Convenio N° 169 de la OIT).¹³⁹ Este es el caso a pesar de que el CEDR es enfrentado algunas veces por los Estados, los cuales niegan que haya pueblos indígenas dentro de su territorio (y en algunos casos niegan hasta las minorías) o alegan que por alguna otra razón no es apropiado hablar acerca de pueblos indígenas en su contexto nacional.¹⁴⁰

En lugar de desarrollar o asociarse a sí mismo con una definición de 'pueblos indígenas', el CEDR formalmente declaró en su RGVIII que la afiliación a un grupo "debe, si nada justifica lo contrario, estar basada en la autoidentificación por parte de las personas implicadas."¹⁴¹ El CEDR aplica el principio de autoidentificación a las colectividades así como a los

¹³⁸ RGXXIII, párrafo 1.

¹³⁹ Ver, por ejemplo, Guyana, 04/04/2006, CERD/C/GUY/CO/14, en párrafo 10; e Indonesia, 15/08/2007, CERD/C/IDN/CO/3, en párrafo 15. El texto del Convenio OIT 169 está disponible en: http://www.unhchr.ch/spanish/html/menu3/b/62_sp.htm

¹⁴⁰ Ver, por ejemplo, el argumento de India de que, mientras el Estado reconoce que los pueblos tribales existen y tiene disposiciones dentro de su Constitución y leyes referentes a los pueblos tribales, el estado parte "no reconoce a sus comunidades tribales la condición de grupos particulares con derecho a protección especial en virtud de la Convención." India, 05/05/2007, CERD/C/IND/CO/19, párrafo 10 (además recomendando que "el Estado parte reconozca oficialmente a sus comunidades tribales la condición de grupos particulares con derecho a protección especial en virtud de la legislación nacional y del derecho internacional, en particular la Convención, y comunice los criterios para determinar la pertenencia a las tribus, desfavorecidas u otras..."). Ver, además, México, 22/09/95, A/50/18, párrafos 353-398, en 382 (expresando preocupación "por el hecho de que el estado parte no parece percatarse de que la discriminación latente que padecen los 56 grupos de indígenas que viven en México queda comprendida en la definición de discriminación racial que figura en el artículo 1 de la Convención. Es inadecuada la descripción de la difícil situación de esos grupos como una mera participación desigual en el desarrollo socio-económico.")

¹⁴¹ Recomendación general VIII concerniente a la aplicación y la interpretación del artículo 1, párrafos 1 y 4 de la Convención de 1990. Ver además, Venezuela, 01/11/2005, CERD/C/VEN/CO/18, en párrafo 15 (recomendando que "la cédula de identidad para los indígenas se base en una autoidentificación de las personas implicadas"); y Finlandia 10/12/2003, CERD/C/63/CO/5, párrafo 11 (afirmando que los criterios para determinar quién puede ser considerado o no Sami son demasiado restrictivos y sugiriendo que Finlandia "dé mayor peso a la identificación que considere apropiada el propio interesado, conforme a lo indicado en la Recomendación general N° VIII").

individuos, y ha reafirmado su posición en múltiples ocasiones,¹⁴² incluyendo a la cara de vigorosas objeciones por parte de los estados partes.¹⁴³ En su examen de Indonesia en 2007, por ejemplo, el CEDR comunicó su preocupación acerca de la falta de "salvaguardias apropiadas para garantizar el respeto del principio fundamental de la autoidentificación en la determinación de los pueblos indígenas,"¹⁴⁴ y recomendó que Indonesia "respete la forma en la que los pueblos indígenas se perciben y definen a sí mismos." Hay que anotar que aquí se define autoidentificación como 'el principio fundamental' en vez de 'un criterio fundamental' tal y como es definido en el artículo 1(2) del Convenio 169 de la OIT.¹⁴⁵

El CEDR ha además rechazado específicamente los intentos de los estados para identificar algunos grupos, cuando es claro que el grupo en cuestión se autoidentifica de otra manera. En el caso de Japón, por ejemplo, anota que "el Comité toma nota con interés de la reciente jurisprudencia en que se reconoce a los Ainu como pueblo minoritario con derecho a disfrutar de su cultura única."

Sin embargo, el Comité recomendó que Japón "adopte medidas para seguir promoviendo los derechos de los Ainu como pueblo indígena."¹⁴⁶ El CEDR tomó un enfoque diferente al tema de identificación en el caso de Guyana, tal vez creyendo que la diferencia en la terminología era menos relevante. Anotando que "la Ley relativa a los amerindios de 2006 emplea sistemáticamente el término "amerindios" para referirse a los pueblos indígenas de Guyana", el CEDR recomendó que Guyana:

...en consulta con todas las comunidades indígenas afectadas, aclarar si el término "amerindios" es la expresión que prefieren esas comunidades, y que al fijar la definición de "pueblos indígenas"

¹⁴² Ver, por ejemplo, Dinamarca, 21/05/2002, CERD/C/60/CO/5, párrafo 18 (en relación con "las afirmaciones de Dinamarca que niegan la identidad de los Inughuit y la continuación de su existencia como entidad étnica o tribal separada y recuerda su Recomendación general XXIII sobre los pueblos indígenas, la Recomendación general VIII sobre la aplicación del artículo 1 (autoidentificación) y la Recomendación general XXIV relativa al artículo 1 (norma internacional."); y Argelia, 27/04/2001, CERD/C/304/Add.113, párrafo 9 (en relación con la comunidad amazighy dirigiendo al estado parte a la Recomendación general VIII referente a la identificación de los miembros de determinados grupos raciales y étnicos particulares).

¹⁴³ Ver, por ejemplo, República Democrática del Congo, 17/08/2007, CERD/C/COD/CO/15, párrafo 14; y Laos, 8/04/2005, CERD/C/LAO/CO/15, párrafo 17.

¹⁴⁴ Indonesia, 15/08/2007, CERD/C/IDN/CO/3, en párrafo 15.

¹⁴⁵ Artículo 1(2) se lee: "La conciencia de su identidad indígena o tribal deberá considerarse un criterio fundamental para determinar los grupos a los que se aplican las disposiciones del presente Convenio."

¹⁴⁶ Japón, 27/04/2001, CERD/C/304/Add.114, en los párrafos 5 y 17.

tenga en cuenta los criterios sentados en el artículo 1 del Convenio sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes de 1989 (Convenio N° 169 de la OIT), así como en la Recomendación general N° VIII del Comité y que reconozca los derechos y atribuciones específicas que las normas de derecho internacional confieren a los pueblos indígenas.¹⁴⁷

Las distinciones entre los pueblos indígenas impuestas por el Estado también fueron identificadas en las observaciones de 2006 sobre Guyana. Estas distinciones son presentadas en la Ley relativa a los amerindios, que niega a las comunidades indígenas la posibilidad de hacer una aplicación para título de la tierra si no tienen una población mayor de 250 personas y si no pueden probar que han ocupado el mismo sitio exacto durante por lo menos 25 años. Además de la discriminación basada en la población, esta última condición es muy problemática en un ambiente de bosque tropical en donde la disponibilidad de los recursos determinan que las tierras agrícolas y en última instancia los asentamientos enteros tienen que trasladarse periódicamente.¹⁴⁸ Dicha ley también permite que ciertas comunidades indígenas ejerzan poderes limitados de autonomía a través de un consejo de aldea, pero únicamente si tienen un título de tierra expedido por el Estado.¹⁴⁹ Como una proposición general, el CEDR recomendó que Guyana "elimine la distinción discriminatoria que se hace entre las comunidades que poseen títulos y las que no los tienen."¹⁵⁰

Más generalmente, la RGXXIV del CEDR observa que un número de estados partes "reconocen la presencia en sus territorios de algunos grupos nacionales o étnicos o poblaciones indígenas sin tener en cuenta la de otros," y que algunos estados "deciden a discreción propia qué grupos constituyen grupos étnicos o poblaciones indígenas que deben ser reconocidos y tratados como tales." Continúa diciendo que el CEDR "considera que existe una norma internacional relativa a los derechos concretos

¹⁴⁷ Guyana, 04/04/2006, CERD/C/GUY/CO/14, en párrafo 10.

¹⁴⁸ Ley relativa a los amerindios de 2006, Act No. 6 2006, Cap. 29:01 de las Leyes de Guyana, Sec. 60(1). Ver, Guyana, 04/04/2006, CERD/C/GUY/CO/14, párrafo 16. (expresando gran preocupación por "la práctica del Estado parte de conceder a esas comunidades títulos de propiedad de la tierra en los que se excluyen las masas de agua y los recursos subterráneos basándose en criterios numéricos y de otro tipo que no concuerdan necesariamente con las tradiciones de las comunidades indígenas afectadas, privando así de sus derechos sobre los territorios que han ocupado tradicionalmente a las comunidades sin títulos, que tampoco tienen derecho a obtenerlos)."

¹⁴⁹ Ley relativa a los amerindios, id. Sec. 85-6. Ver, Guyana, 04/04/2006, id. párrafo 15 (expresando gran preocupación de que "las comunidades indígenas que no poseen títulos de propiedad de la tierra ("comunidades sin títulos") tampoco tienen derecho a constituir un consejo de aldea (apartado c) del artículo 5").

¹⁵⁰ Guyana, 04/04/2006, CERD/C/GUY/CO/14, en párrafo 15.

de las personas que pertenecen a esos grupos."¹⁵¹ El Comité llama la atención de los Estados partes a "que la aplicación de criterios diferentes para determinar los grupos étnicos o poblaciones indígenas, con el consiguiente reconocimiento de algunos y de otros no, puede dar lugar a un trato distinto para diversos grupos dentro de la población de un país."¹⁵²

El CEDR no ha tenido miedo de expresar preocupación acerca de los pueblos indígenas de Africa, incluyendo cuando el Estado que reporta se niega a reconocer que hay pueblos indígenas presentes en su territorio.¹⁵³ En el caso de la República Democrática del Congo en el 2007, el CEDR mostró su pesar ante "la reticencia del estado parte por reconocer la existencia de los pueblos indígenas en su territorio".¹⁵⁴ En referencia con la RGVIII sobre la autoidentificación, el CEDR "recuerda [ó] al Estado parte que el principio de la no discriminación exige tener en cuenta las características culturales de los grupos étnicos", e invitó "a revisar su posición en relación con los pueblos indígenas y las minorías, y en este contexto a tener en cuenta la forma en la cual dichos grupos se perciben y se definen a sí mismos" (traducción no oficial).¹⁵⁵ Dejando de lado la diplomacia, a lo largo de sus observaciones finales el CEDR procede a referirse a ciertos grupos de los Pigmeos (Bambutti, Batwa y Bacwa) como pueblos indígenas. El CEDR usó casi el mismo lenguaje y todo el mismo enfoque en sus observaciones sobre Botswana en 2006.¹⁵⁶

El enfoque del CEDR es consistente con aquel adoptado por el Grupo de trabajo de expertos sobre poblaciones/comunidades indígenas de la Comisión africana sobre los derechos humanos y de los pueblos ("ACW-GIP" por sus siglas en inglés), el cual ha anotado que hay una controversia considerable alrededor del concepto de pueblos indígenas en la mayoría de Africa.¹⁵⁷ Sin embargo, la ACWGIP ha determinado que el concepto de pueblos indígenas es válido, y necesario en el contexto afri-

¹⁵¹ Recomendación general N° XXIV, Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial, relativa al artículo 1 de la Convención, 27/08/99, (relacionado a la presentación de informes sobre personas que pertenecen a distintas razas, grupos nacionales o étnicos o pueblos indígenas), 27/08/99, párrafos 2 y 3.

¹⁵² *Ibidem.* en párrafo 3.

¹⁵³ Ver, Sudáfrica, 22/08/2006, CERD/C/ZAF/CO/3; Botswana, 04/04/2006, CERD/C/BWA/CO/16; Nigeria, 01/11/2005, CERD/C/NGA/CO/18; Uganda, 02/06/2003, CERD/C/62/CO/11; Gabón, 10/02/99, CERD/C/304/Add.58; y Camerún, 20/03/98, CERD/C/304/Add.53.

¹⁵⁴ República Democrática del Congo, 17/08/2007, CERD/C/COD/CO/15, párrafo 14.

¹⁵⁵ *Ibidem.*

¹⁵⁶ Botswana, 04/04/2006, CERD/C/BWA/CO/16, párrafo 9.

¹⁵⁷ Informe del Grupo de Trabajo sobre Poblaciones/Comunidades Indígenas de la Comisión Africana. Sometido de acuerdo con la "Resolución sobre los derechos de las poblaciones/comunidades indígenas en África" Adoptado por la Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos en su 28 sesión ordinaria, Copenhague: AfCOM/IWGIA 2005, en p. 86-103. [no hay versión en español]

cano, y que la autoidentificación como indígena es un "principio clave" que debería ser adoptado y que debería guiar deliberaciones futuras de la Comisión africana sobre los derechos humanos y de los pueblos.¹⁵⁸ Esto es además consistente con la posición adoptada por el Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los pueblos indígenas,¹⁵⁹ con la práctica del Comité consultivo sobre la Convención Marco para la Protección de las Minorías Nacionales del Consejo de Europa,¹⁶⁰ y con los artículos 9 y 33 de la DNUDPI.¹⁶¹

Finalmente, mientras que el CEDR muchas veces reta a los Estados por sus alegaciones de que los pueblos indígenas y las minorías no existen, el Comité mirará más allá de la terminología e insistirá en que los derechos aplicables sean reconocidos y respetados. Por ejemplo, en su consideración de 2005 sobre Laos, el CEDR tomó "nota de las explicaciones ofrecidas por la delegación respecto de la reticencia de las autoridades a calificar a los grupos étnicos de Laos como minorías o pueblos autóctonos" y recomendó que el estado parte "reconozca los derechos de las personas pertenecientes a las minorías y poblaciones indígenas que se enuncian en los instrumentos de derecho internacional, sea cual fuere la denominación que se dé a esos grupos en la legislación interna."¹⁶² Sin embargo, al hacer esto el CEDR también recomendó que Laos "tome en consideración la manera en que esos grupos se perciben y definen a sí mismos."¹⁶³

¹⁵⁸ *Ibidem.* en p. 92-3, 101.

¹⁵⁹ Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas, Sr. Rodolfo Stavenhagen, presentado de conformidad con la resolución 2001/57 de la Comisión de Derechos Humanos. E/CN.4/2002/97, párrafo 100 (declarando que "se acepta cada vez más que el derecho a decidir quién es o no es indígena pertenece exclusivamente a los propios indígenas"; y que "en la elaboración y aplicación de políticas relativas a los pueblos indígenas los Estados deben respetar el derecho a la propia definición y a la conciencia de la propia identidad de los pueblos indígenas").

¹⁶⁰ Ver, *inter alia*, Views of the Advisory Committee on Norway. ACFC/INF/OP/I(2003)003, en párrafo 9 (tomando en cuenta los puntos de vista del Parlamento Sami en relación con la autoidentificación como pueblo indígena más que como una minoría nacional).

¹⁶¹ Artículos 9 y 33(1) disponen, respectivamente, que "Los pueblos y las personas indígenas tienen derecho a pertenecer a una comunidad o nación indígena, de conformidad con las tradiciones y costumbres de la comunidad o nación de que se trate" y "los pueblos indígenas tienen derecho a determinar su propia identidad o pertenencia conforme a sus costumbres y tradiciones." Ver además Proyecto de Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, Artículo I(2) (en su forma preliminar en marzo de 2006), el cual dispone que "la autoidentificación como indígena deberá considerarse como criterio fundamental para determinar los pueblos a los que se aplican las disposiciones de la presente. En ese sentido los Estados reconocen el derecho de los pueblos indígenas *inter alia* a su actuar colectivo, a sus propias culturas, de profesar y practicar sus creencias espirituales y de usar sus lenguas."

¹⁶² Laos, 18/04/2005, CERD/C/LAO/CO/15, párrafo 17.

¹⁶³ *Ibidem.*

b) Tierras, territorios y recursos

Los derechos seguros, efectivos y colectivos a sus tierras, territorios y recursos son fundamentales para los pueblos indígenas, ya que garantizan su desarrollo económico y social, su integridad física y cultural, su sustento y sus medios de vida.¹⁶⁴ Los derechos a la tierra y a los recursos son además esenciales para el mantenimiento de su cosmovisión y de su espiritualidad, y en resumidas para su supervivencia como comunidades territoriales viables y culturalmente distintas.¹⁶⁵ Tal y como lo explicó la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el 2005, la cultura de los pueblos indígenas "corresponde a una forma de vida particular de ser, ver y actuar en el mundo, constituido a partir de su estrecha relación con sus territorios tradicionales y los recursos que allí se encuentran, no sólo por ser estos su principal medio de subsistencia, sino además porque constituyen un elemento integrante de su cosmovisión, religiosidad y, por ende, de su identidad cultural."¹⁶⁶ La protección de estas relaciones entre pueblos indígenas y sus territorios tradicionales trasciende la mera protección de sus derechos a la propiedad: hecho que es reconocido por la especificación del CEDR de que la "invasión de las tierras tradicionales de los pueblos indígenas" es uno de los incitadores de su procedimiento de alerta temprana y acción urgente,¹⁶⁷ y por su decisión sobre Australia de 1999, que declara que "los derechos de tenencia de la tierra de las poblaciones indígenas son únicos en su género y comprenden la identificación tradicional y cultural de las poblaciones indígenas con su tierra que goza de reconocimiento general."¹⁶⁸

La RGXXIII además reconoce la naturaleza fundamental de los dere-

¹⁶⁴ Para un tratamiento detallado de los derechos de los pueblos indígenas a la tierra, a los territorios y a los recursos en la ley internacional, ver, GILBERT, J. *Indigenous Peoples, land rights under international law. From victims to actors*, Ardsley, Nueva York: Transnational Publishers, 2006.

¹⁶⁵ Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas, Sr. Rodolfo Stavenhagen, presentado de conformidad con la resolución 2001/57 de la Comisión de Derechos. UN Doc.E/CN.4/2002/97, párrafo. 39-40. Ver además, Los pueblos indígenas y su relación con la tierra. Documento de trabajo final preparado por la Relatora Especial, Sra. Erica-Irene A. Daes, Relatora especial. UN Doc. E/CN.4/Sub.2/2001/21.

¹⁶⁶ *Yakye Axa Indigenous Community v. Paraguay*, Sentencia de 17 de junio de 2005 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, 17 de junio de 2005. Series C No. 125, en párrafo 135.

¹⁶⁷ La prevención de la discriminación racial, incluyendo los procedimientos de alerta temprana y acción urgente: documento [interno] de trabajo adoptado por el Comité sobre la eliminación de la discriminación racial, UN Doc. A/48/18, Anexo III, en párrafo. 9. Ver también, La preparación de informes sobre los derechos humanos (Manual on Human Rights Reporting), Ginebra, Naciones Unidas, 1997 (HR/PUB/91/1 (Rev.1)) en 302. Disponible en <http://www.unhcr.ch/html/menu6/2/training.htm>

¹⁶⁸ Decisión 2 (54), Australia, 18/03/99, UN Doc. A/54/18, párrafo 21(2).

chos de los pueblos indígenas a mantener y desarrollar un espectro completo de sus relaciones con sus tierras tradicionales, sus territorios y recursos. El párrafo 5 tiene un lenguaje fuerte para hacer un llamado a los estados partes para que "reconozcan y protejan los derechos de las poblaciones indígenas a poseer, explotar, controlar y utilizar sus tierras, territorios y recursos comunales, 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 aquellas poblaciones, que adopten medidas para que les sean devueltos." Este lenguaje es claramente prestado de la (ahora) DNU DPI, y es el estándar utilizado por el CEDR cuando considera los informes estatales y las solicitudes bajo el procedimiento de alerta temprana y acción urgente.

El CEDR mantiene que los derechos a la propiedad de los pueblos indígenas se derivan de sus propias leyes consuetudinarias y de sus formas de tenencia de la tierra, y existen como derechos válidos y aplicables sin que haya un reconocimiento formal del Estado.¹⁶⁹

Esto es consistente con la jurisprudencia interamericana,¹⁷⁰ que cita muy frecuentemente la RGXXIII para apoyar la conclusión de que una manifestación mayor de discriminación racial "ha sido el fracaso de las autoridades estatales por reconocer las formas consuetudinarias indígenas de posesión y del uso de la tierra"¹⁷¹ Aún más, la Comisión Interamericana explicó en un caso en contra de Surinam, que la falta de reconocimiento constitucional y legislativo o la protección de los derechos colectivos de los pueblos indígenas "reflejan un tratamiento desigual en la ley," y que esto se suma a un fracaso en el ofrecimiento de la protección necesaria

¹⁶⁹ No obstante, contrastar esto con la Conferencia Mundial contra el Racismo, la Discriminación Racial, la Xenofobia y las Formas Conexas de Intolerancia, en párrafo 43 (declarando que "Reconocemos también la relación especial que tienen los pueblos indígenas con la tierra como base de su existencia espiritual, física y cultural, y alentamos a los Estados a que, siempre que sea posible, velen por que los pueblos indígenas puedan mantener la propiedad de sus tierras y de los recursos naturales a que tienen derecho conforme a la legislación interna").

¹⁷⁰ Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya Vs. Paraguay. Sentencia de 29 de marzo de 2006. Serie C No., párrafo 248; Informe No. 40/04, Caso 12.053, Comunidades indígenas Maya del distrito de Toledo (Belice), Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 12 de octubre de 2004, párrafo 117; y Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni Vs. Nicaragua, Sentencia de 31 de agosto de 2001, Series C No. 79, párrafos 148-151.

¹⁷¹ Inter alia, Informe No. 09/06, Caso 12.338, Doce clanes Saramaka (Surinam), Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 2 marzo 2006, en párrafo 235. Ver además, Concurring Opinion of Judge Sergio García Ramírez, in the Judgment on the Merits and Reparations in the Mayagna (Sumo) Awas Tingni Community Case, párrafo 12-4, at 13 (declarando que el fracaso en reconocer y proteger los derechos de propiedad de los pueblos indígenas, tal y como se deriva de las leyes consuetudinarias, "crearía una desigualdad que es completamente anti-ética a los principios y los objetivos que inspiran al sistema hemisférico para la protección de los derechos humanos").[Traducción no oficial]

para ejercer el ejercicio completo del derecho a la propiedad, "en pie de igualdad a los demás ciudadanos de Surinam."¹⁷²

En la misma tónica, el CEDR ha objetado la práctica de Guyana de otorgar títulos a la tierra "basándose en criterios numéricos y de otro tipo que no concuerdan necesariamente con las tradiciones de las comunidades indígenas afectadas, privando así de sus derechos sobre los territorios que han ocupado tradicionalmente a las comunidades sin títulos."¹⁷³ La correspondiente recomendación pide a Guyana que:

reconozca y proteja los derechos de todas las comunidades indígenas a poseer, explotar y controlar los territorios que han ocupado tradicionalmente... [y] en consulta con las comunidades indígenas afectadas, a) demarque o delimite de alguna manera las tierras que tradicionalmente éstas ocupan o utilizan, b) establezca procedimientos adecuados y defina criterios claros y justos para resolver las reivindicaciones sobre las tierras de las comunidades indígenas dentro del ordenamiento jurídico interno a la vez que tiene debidamente en cuenta las correspondientes leyes consuetudinarias indígenas.¹⁷⁴

El CEDR también mantiene frecuentemente que el reconocimiento legal de los derechos de los pueblos indígenas a poseer y controlar sus territorios (aunque es fundamental para el proceso completo de asegurar los derechos)¹⁷⁵ no satisface por sí mismo los requerimientos de la CIEDR: esos derechos deben ser asegurados y efectivamente protegidos por los hechos.¹⁷⁶ En relación con la República Democrática del Congo, las recomendaciones del CEDR de 2007 recalcan la necesidad de medidas urgentes para proteger los derechos a la tierra de los Pigmeos, inclu-

¹⁷² Informe No. 09/06, Caso 12.338, id. en los párrafos 236-37.

¹⁷³ Guyana, 04/04/2006, CERD/C/GUY/CO/14, en párrafo 16.

¹⁷⁴ *Ibidem*.

¹⁷⁵ *Inter alia*, Suecia, 10/05/2004, CERD/C/64/CO/8, en párrafo 12 (celebrando el nombramiento en 2002 de una "Comisión de Límites que ha de formular propuestas para determinar los límites de las zonas de cría del reno de los Sami a finales de 2004 como una medida importante para garantizar los derechos de los Sami", pero expresando la preocupación de "que todavía no se hayan resuelto las cuestiones relacionadas con los derechos a la tierra de los Sami," y recomendando que Suecia "introduzca la legislación adecuada, en consulta con los Sami, en relación con las conclusiones de la Comisión de Límites, a fin de eliminar la incertidumbre jurídica sobre los derechos a la tierra de los Sami.")

¹⁷⁶ *Inter alia*, Costa Rica, 17/08/2007, CERD/C/CRI/CO/18, párrafo 15 (enfatizando la necesidad de demarcar, asegurar y recuperar la tenencia de las tierras perdidas a través de transferencias impropias); India, 05/05/2007, CERD/C/IND/CO/19, en párrafo 20 (recomendando "que se aplique efectivamente la prohibición de arrendar tierras tribales a terceros o empresas, y que en la Ley de Reconocimiento de los Derechos Forestales (de Tribus Registradas y otros habitantes tradicionales de los bosques) de 2006 y la demás legislación pertinente se incorporen salvaguardias adecuadas contra

yendo el registro de sus "tierras ancestrales" en el catastro, una moratoria contra la tala de madera, y el establecimiento de "recursos legales internos en el caso de que los derechos de los pueblos indígenas sean violados", todo esto además del reconocimiento legal de su derecho a ser propietario y de otros derechos.¹⁷⁷ De modo parecido, en relación con Argentina en el 2004, el CEDR expresó su preocupación acerca de "la protección insuficiente en la práctica de la propiedad y la tenencia de los pueblos indígenas sobre las tierras ancestrales" y recomendó que Argentina "reconozca los títulos de propiedad de la tierra de los pueblos indígenas y demarque sus territorios y adopte medidas para salvaguardar los derechos de los indígenas sobre sus tierras ancestrales, especialmente los lugares sagrados."¹⁷⁸ En el caso de Camerún, el CEDR observó que la degradación ambiental estaba afectando a los derechos de los pueblos indígenas a "vivir en armonía en su medio propio" y recomendó que el estado "adopte todas las medidas apropiadas, en particular en lo que se refiere a las actividades de deforestación que puedan perjudicar a estas poblaciones."¹⁷⁹

En su mayoría, el CEDR ha evadido especificar exactamente cuales recursos son propiedad de los pueblos indígenas y en particular si los recursos del subsuelo están en el alcance de los derechos indígenas. No obstante, sus observaciones finales sobre Guyana de 2006 sobresalen a este respecto; en ellas, el CEDR específicamente recomendó que el estado parte "reconozca y proteja los derechos de todas las comunidades indígenas a poseer, explotar y controlar los territorios que han ocupado tradicionalmente, en particular los recursos hídricos y subterráneos..."¹⁸⁰ A pesar de que entra a tratar con un terreno nuevo, es dudoso que esta recomendación sea un indicativo de una buena voluntad encontrada para tratar con el espinoso asunto de la propiedad indígena de los minerales del subsuelo, particularmente dadas las fuertes afirma-

la adquisición de tierras tribales."); Carta a Brasil, acción urgente y procedimiento de alerta temprana, 24 de agosto 2007, p. 2 (recomendando la remoción de ocupantes ilegales y la necesidad de aumentar la protección para los pueblos indígenas durante estas acciones) Guatemala, 15/05/2006, CERD/C/GTM/CO/11, en párrafo 17 (recomendando que "se asegure la debida aplicación de la Ley de Catastro Nacional para que se identifiquen y demarquen las tierras comunales indígenas.") y Guyana 04/04/2006, CERD/C/GUY/CO/14, párrafo 19 (protección contra la degradación causada por minería a pequeña escala).

¹⁷⁷ República Democrática del Congo, 17/08/2007, CERD/C/COD/CO/15, en párrafo 18.

¹⁷⁸ Argentina, 24/08/2004, CERD/C/65/CO/1, en párrafo 16.

¹⁷⁹ Camerún, 20/03/98, CERD/C/304/Add.53, en los párrafos 9 y 17. Ver además, inter alia, Surinam, 12/03/2004, CERD/C/64/CO/9, en párrafo 15 (recalcando la necesidad de las evaluaciones del impacto ambiental en relación con las actividades que puedan afectar a las tierras indígenas, así como la necesidad de una evaluación del impacto de las actividades mineras en la salud y en la seguridad).

¹⁸⁰ Guyana, 04/04/2006, CERD/C/GUY/CO/14, en párrafo 16.

ciones de la mayoría de los Estados que interactúan con el CEDR de la exclusividad de propiedad de aquellos recursos por parte del Estado.

Más bien, esta recomendación es el resultado de la aplicación de los principios básicos de la no discriminación, ya que la sección 8 de la Ley de Minería de 1989 de Guyana reconoce que los derechos a los minerales del subsuelo están conferidos a personas que poseen el título otorgado antes de 1903, mientras que la Ley relativa a los amerindios de 2006 niega explícitamente dichos derechos a las comunidades indígenas.

Si las personas no indígenas pueden tener propiedad sobre los minerales del subsuelo entonces sería discriminatorio negar los mismos derechos a los pueblos indígenas únicamente en base a cuándo se adquirieron los títulos escritos, y especialmente cuándo los pueblos indígenas no poseen dichas escrituras debido a actos u omisiones del estado mismo.¹⁸¹

La propiedad del subsuelo no se presentó como un problema en las observaciones finales del CEDR de 2006 sobre Suráfrica a pesar del hecho de que personas civiles puedan ser dueñas de minerales bajo la ley surafricana.

Los derechos a los minerales pueden además ser donados a grupos que se autoidentifican como indígenas en el Estado de Suráfrica, como por ejemplo sería el pueblo Nama que habita en el área de Richtersveld. A este respecto, la Corte constitucional de Suráfrica observó que:

Estamos satisfechos de que bajo la ley indígena de la Comunidad de Richtersveld la propiedad común de la tierra incluyó la propiedad comunal de los minerales y de las piedras preciosas. Efectivamente, ni Alexkor ni el gobierno pudieron sugerir en quien recaía el derecho de ser propietario de los minerales, si no era puesto en manos de la Comunidad.

Por consiguiente, concluimos que la historia y los usos de la Comunidad de Richtersveld establecen que el derecho a la propiedad de los minerales y las piedras preciosas pertenece a la Comunidad bajo la ley indígena.¹⁸² (traducción no oficial).

¹⁸¹ Inter alia, ver, ANAYA, S.J. Indigenous Peoples' Participatory Rights in Relation to Decisions about Natural Resource Extraction. The More Fundamental Issue of what Rights Indigenous Peoples have in Lands and Resources. 22 Arizona Journal of Int'l and Comp Law 8, 2005, en 10.

("Sin embargo, según la norma de la no discriminación, no se debe negar a los pueblos indígenas los derechos a la subsuperficie y a los minerales cuando estos derechos se dan en otros casos a los dueños de la tierra").

Disponible en: <http://www.law.arizona.edu/journals/ajicl/AJICL2005/vol221/vol221.htm>.

La Corte constitucional concluyó que:

En este caso, la discriminación racial reposó en el fracaso por reconocer y otorgar protección a la ley consuetudinaria indígena mientras que, por otro lado, otorga protección al título registrado. El impacto inevitable de este tratamiento diferencial fue la discriminación racial en contra de la Comunidad de Richtersveld, lo cual ocasionó que esta fuera desposeída de sus derechos a la tierra. A pesar de que es correcto que la Ley de piedras preciosas no formó parte de la panoplia de legislación dando un efecto al "apartheid espacial", su impacto inevitable fue el de privar a la Comunidad de Richtersveld sus derechos consuetudinarios a la tierra, mientras reconocía, en una medida significativa, los derechos de los propietarios registrados."¹⁸³ (traducción no oficial)

Suráfrica estaba programado para rendir informe al CEDR bajo el Procedimiento de seguimiento en agosto de 2007. Asumiendo que este asunto llame su atención, será interesante ver como el CEDR trata con los derechos de propiedad del subsuelo, particularmente a la luz de la jurisprudencia arriba mencionada y en relación con los acuerdos de reclamos de tierras actualmente pendientes bajo la Ley de Restitución de los Derechos sobre la Tierra de 1994, una ley diseñada específicamente para remediar la discriminación racial.¹⁸⁴

A pesar de que el CEDR ha sido cauteloso en abordar el tema del subsuelo u otros derechos de propiedad de recursos, de todas formas el Comité ha puesto en claro a los estados presentando informes que sus afirmaciones de propiedad de los recursos o sus declaraciones de interés público/nacional en relación con la explotación de los recursos en o alrededor de los territorios indígenas, no brinda al estado la licencia para violar los derechos indígenas, incluyendo (tal y como se discute abajo) el derecho de los pueblos indígenas a dar su consentimiento informado a las

¹⁸² Alexkor Ltd and the Republic of South Africa v. The Richtersveld Community and Others, CCT 19/03, 2003, párrafo. 64. Ver además, Delgamuukw v. British Columbia [1997] 3 S.C.R. 1010, en 1086 (afirmando que "el título originario también contiene los derechos a los minerales, y las tierras poseídas bajo un título originario deben poder ser explotadas de igual manera...") (traducción no oficial); Guerin v R. (1985) 13 DLR 4th 321; United States v. Shoshone Tribe of Indians 304 US 111 (1938); United States v. Klamath and Modoc Tribes 304 US 119 (1938); y, Otoe and Missouri Tribe v. United States 131 F Supp 265 (1955).

¹⁸³ Alexkor, *ibidem*. en párrafo 99.

¹⁸⁴ La ley está disponible en: <http://www.info.gov.za/acts/1994/a22-94.pdf>. Ver además, S. Dorsett, Making Amends for Past Injustice: Restitution of Land Rights in South Africa, 67 Indigenous Law Bulletin 1999. Disponible en: <http://www.austlii.edu.au/au/journals/ILB/1999/67.html>

actividades que afectan a sus territorios.¹⁸⁵ Por ejemplo, las observaciones del CEDR de 2004 sobre Surinam explicaron que mientras que la constitución de ese país confiere propiedad de todos los recursos en el estado, "que este principio debe ejercerse de manera compatible con los derechos de los pueblos indígenas y tribales."¹⁸⁶ El CEDR añadió como buena medida "que los objetivos de desarrollo no justifican las violaciones de los derechos humanos y que, junto al derecho a explotar los recursos naturales, están las obligaciones específicas y concomitantes hacia la población local."¹⁸⁷

Similarmente, observando que los derechos de los pueblos indígenas han sido comprometidos, "debido a las interpretaciones adoptadas por el estado parte acerca del interés nacional, la modernización y el desarrollo social y económico," las observaciones del CEDR de 2007 sobre Indonesia recomiendan que el estado asegure que estos conceptos "sean definidos de una manera participatoria,... y no sean utilizados como una justificación para anular los derechos de los pueblos indígenas" (traducción no oficial).¹⁸⁸ El CEDR ha recalcado además que el uso por un Estado de "un margen de apreciación para alcanzar un equilibrio" entre los derechos indígenas y no indígenas a la tierra y a los recursos, se ve limitado por las obligaciones que ha contraído en virtud de la Convención.¹⁸⁹

Considerando que los pueblos indígenas siguen sufriendo un legado de discriminación sistemática que ha ocasionado la pérdida de vastas

¹⁸⁵ Ver, además, Informe No. 09/06, Caso de los doce clanes de los Saramaka (Caso 12.338, Surinam), Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 2 de marzo de 2006, en los párrafos 241-42 (observando que la doctrina de interés público "limita sustancialmente los derechos fundamentales de los pueblos indígenas y Maroon a sus tierras ab initio, en favor de un interés eventual del estado, que podría competir con esos derechos. ... En la práctica, la clasificación de una actividad como de "interés general" no es enjuiciable, y constituye un asunto político que no puede ser desafiado en las Cortes. Lo que esto hace es remover los asuntos de las tierras del dominio de la protección judicial").

¹⁸⁶ Surinam, 12/03/2004, CERD/C/64/CO/9, en párrafo 11.

¹⁸⁷ *Ibidem.* en párrafo 15. Ver además, Indonesia, 15/08/2007, CERD/C/IDN/CO/3, párrafo 17; y Nigeria, 01/11/2005, CERD/C/NGA/CO/18, párrafo 19.

¹⁸⁸ Indonesia, 15/08/2007, id. en párrafo 16.

¹⁸⁹ Australia. CERD/C/AUS/CO/14, 14 de abril 2005, párrafo 16. El Comité de derechos humanos ha declarado explícitamente que la libertad de fomentar el desarrollo no se mide por referencia a un margen de apreciación sino por referencia a las obligaciones que le impone las normas internacionales de derechos humanos. I. Lansman et al. vs. Finland (Comunicación No. 511/1992), CCPR/C/52/D/511/1992, párrafo 9.4 Ver además, Comisión Africana sobre los Derechos Humanos y de los Pueblos, Comunicación No. 155/96, The Social and Economic Rights Action Center and the Center for Economic and Social Rights / Nigeria, en párrafo 58 (declarando que "la intervención de las corporaciones multinacionales puede ser una fuerza potencialmente positiva para el desarrollo si el estado y el pueblo concernido están siempre conscientes de la propiedad común y de los derechos sagrados de los individuos y de las comunidades") (traducción no oficial).

áreas de sus territorios tradicionales, la RGXXIII correctamente reconoce el derecho a la restitución 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...."¹⁹⁰

El CEDR ha expuesto este asunto en diferentes ocasiones en sus observaciones finales y ha explicado que cuando la restitución no es posible, se requiere la compensación, preferiblemente en la forma de tierras y territorios de igual calidad.¹⁹¹

La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha reconocido además el derecho de los pueblos indígenas a las reparaciones colectivas y en particular a la restitución de las tierras, territorios y recursos tradicionalmente poseídos.¹⁹² En el Caso de la Comunidad indígenas Sawhoyamaya vs. Paraguay, la Corte observó que su jurisprudencia afirma que los pueblos indígenas mantienen sus derechos a la propiedad en los casos en los cuales se han visto forzados a irse o han perdido la posesión de sus tierras tradicionales, incluyendo cuando sus tierras han sido expropiadas y transferidas a terceros sin su consentimiento.¹⁹³ Según la Corte, esto significa que la posesión no es un requisito que condicione la existencia del derecho a la recuperación de las tierras indígenas."¹⁹⁴

La Corte más adelante examinó el asunto de si el derecho de los pueblos indígenas a la restitución de sus tierras y territorios tradicio-

¹⁹⁰ Theo van Boven, Relator especial de las Naciones Unidas sobre el derecho a la restitución, compensación y rehabilitación para las víctimas de grandes violaciones de los derechos humanos (y miembro del CEDR cuando se adoptó la RGXXIII), declara en su estudio de las Naciones Unidas sobre reparaciones que "la coincidencia de aspectos individuales y colectivos se hace particularmente manifiesta en relación con los derechos de los pueblos indígenas. Con este telón de fondo, es entonces necesario que, además de medios individuales de reparación, se hagan disposiciones adecuadas para dar derecho a las víctimas o a las comunidades discriminadas a presentar reclamos colectivos por daños, y según esto a recibir reparaciones colectivas." Study concerning the right to restitution, compensation and rehabilitation for victims of gross violations of human rights and fundamental freedoms. Final report submitted by Mr. Theo van Boven, Special Rapporteur. UN Doc. E/CN.4/Sub.2/1993/8, en párrafo 14. (traducción no oficial)

¹⁹¹ Inter alia, Guatemala, 15/05/2006, CERD/C/GTM/CO/11, en párrafo 17 (reiterando la RGX-XIII en relación con la restitución); Costa Rica, 17/08/2007, CERD/C/CRI/CO/18, párrafo 15 (recalcando la necesidad de recuperar las tierras perdidas por transferencias impropias); y Bolivia, 10/12/2003, CERD/C/63/CO/2, párrafo 13 (refiriéndose al derecho a la restitución en relación con tierras adjudicadas a compañías privadas).

¹⁹² En relación con las reparaciones colectivas, ver, Caso Masacre de Plan de Sánchez, Reparaciones, Sentencia de la Corte interamericana de derechos humanos del 19 de noviembre de 2004, Serie C No 105, párrafo 86 y; Moiwana Village v. Suriname, Sentencia de la Corte interamericana de derechos humanos del 15 junio 2005, Serie C No 124, párrafo 201.

¹⁹³ Comunidad indígena Sawhoyamaya v. Paraguay, Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 29 marzo 2006. Serie C No. 146, párrafo 128.

¹⁹⁴ *Ibidem*.

nales continúa indefinidamente. Teniendo en cuenta que "la base espiritual y material de la identidad de los pueblos indígenas se sustenta principalmente en su relación única con sus tierras tradicionales", la Corte afirmó que el derecho a la recuperación continúe mientras los pueblos indígenas mantengan algún grado de conexión espiritual y material con su territorio tradicional.¹⁹⁵

La evidencia de la conexión requerida se puede encontrar en los "lazos espirituales o ceremoniales; los asentamientos o cultivos esporádicos; la caza, la pesca o la recolección estacional o nómada; el uso de recursos naturales ligados a sus costumbres; y cualquier otro elemento característico de la cultura del grupo."¹⁹⁶ La Corte afirmó también que si se impide que los pueblos indígenas mantengan sus relaciones tradicionales con sus territorios, el derecho a la recuperación continúa no obstante "hasta que tales impedimentos desaparezcan."¹⁹⁷

Si un Estado no puede devolver las tierras tradicionales y los recursos comunales de los pueblos indígenas por "razones concretas y justificables", se requiere una compensación o el suministro de tierras alternativas.¹⁹⁸ La Corte declaró explícitamente que las siguientes no constituyen razones justificables que pudieran descartar la devolución de las tierras y los recursos indígenas: que las tierras en cuestión se encuentren en manos privadas;¹⁹⁹ que las tierras fueran productivas y; debido a la aplicación de los acuerdos bilaterales de comercio.²⁰⁰

En relación con lo último, Paraguay había discutido que algunas de las tierras en cuestión fueron protegidas contra la expropiación bajo un acuerdo de comercio con Alemania. Sin embargo, la Corte fue clara en que dichos acuerdos deben ser siempre interpretados consistentemente con las garantías de la Convención americana y no podrían ser invocados como motivo de probar la no conformidad con dichas garantías.²⁰¹

¹⁹⁵ *Ibidem.* en párrafo 131.

¹⁹⁶ *Ibidem.*

¹⁹⁷ *Ibidem.* en párrafo 132.

¹⁹⁸ *Ibidem.* en los párrafos 138-9.

¹⁹⁹ Ver, también, Nueva Zelanda, 22/09/95, A/50/18, en los párrafos 399-459, en 410 (amonestando en contra de la exclusión de "reclamos de la tierra que ha sido confiscada por partes privadas)" (traducción no oficial) en relación con las disposiciones de la Ley de enmienda del Tratado de Waitangi de Nueva Zelanda).

²⁰⁰ Comunidad indígena Sawhoyamaya vs. Paraguay, en párrafo 140.

²⁰¹ *Ibidem.*

c) *El derecho a participar y al consentimiento informado*

El Artículo 5(c) de la CIEDR garantiza el derecho, sin discriminación alguna, a participar en las elecciones, y a tomar parte en el gobierno y en la conducción de los asuntos públicos a todo nivel. La sentencia de 2005 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en *Yatama v. Nicaragua*, muestra como la violación de estos derechos sigue siendo una realidad contemporánea para los pueblos indígenas. En dicho caso, la Corte encontró que Nicaragua había violado el derecho a la participación política, así como la prohibición de la discriminación racial. La Corte dio esta sentencia porque Nicaragua había bloqueado el envío de candidatos de la institución indígena Yatama a las elecciones regionales autónomas de la Costa atlántica de 2000, alegando que no estaba constituida como un partido político, aunque cumpliera con todos los demás requisitos de la ley.²⁰² La Corte sostuvo que los requisitos de la Ley Electoral forzaban a Yatama a adoptar una estructura completamente ajena a las costumbres y tradiciones de los pueblos indígenas, y constituían un impedimento discriminatorio para la participación en las elecciones.

La Corte ordenó, entre otras cosas, que Nicaragua debe:

Adoptar todas las medidas necesarias para garantizar que los miembros de las comunidades indígenas y étnicas de la Costa Atlántica de Nicaragua puedan participar, en condiciones de igualdad, en la toma de decisiones sobre asuntos y políticas que inciden o pueden incidir en sus derechos y en el desarrollo de dichas comunidades, de forma tal que puedan integrarse a las instituciones y órganos estatales y participar de manera directa y proporcional a su población en la dirección de los asuntos públicos, así como hacerlo desde sus propias instituciones y de acuerdo a sus valores, usos, costumbres y formas de organización, siempre que sean compatibles con los derechos humanos consagrados en la Convención [americana].²⁰³

En relación con el artículo 5(c), la RGXXIII²⁰⁴ hace un llamamiento a los Estados partes para que "garanticen que los miembros de las poblaciones indígenas gocen de derechos iguales con respecto a su participación efectiva en la vida pública y que no se adopte decisión alguna directamente relacionada con sus derechos e intereses sin su consenti-

²⁰² Caso *Yatama vs. Nicaragua*: Sentencia de 23 de junio de 2005, Corte Interamericana de Derechos Humanos, Serie C No. 127, párrafo 229.

²⁰³ *Ibidem*, párrafo 225.

²⁰⁴ GRXXIII, párrafo 4(d).

miento informado."²⁰⁵ El derecho a otorgar o a retener el consentimiento informado (o consentimiento libre, previo e informado) ha sido resaltado por los pueblos indígenas como un elemento fundamental del ejercicio de su derecho a la autodeterminación: "El consentimiento libre, previo e informado es lo que exigimos como parte de la autodeterminación y la no discriminación por parte de los gobiernos, las multinacionales y el sector privado".²⁰⁶ (Traducción no oficial)

Mientras que la inclusión del consentimiento informado en la RGXXIII fue intensamente debatida por el CEDR en 1997, y algunos miembros discutían que la participación informada era un estándar más apropiado, sus observaciones concluyentes se refieren rutinariamente al derecho de los pueblos indígenas al consentimiento informado.²⁰⁷ Sus observaciones realizadas con respecto a Ecuador, por ejemplo, señalan que:

En cuanto a la explotación de los recursos del subsuelo de los territorios tradicionales de las comunidades indígenas, el Comité observa que con la mera consulta a estas comunidades antes de iniciar la explotación de los recursos no se cumplen las condiciones especificadas en la Recomendación general N° XXIII del Comité, relativa a los derechos de las poblaciones indígenas. El Comité recomienda, pues, que se recabe previamente el consentimiento de estas comunidades con conocimiento de causa y que se garantice la división equitativa de los beneficios que se obtengan con esa explotación.²⁰⁸

El CEDR hace énfasis además en el derecho de los pueblos indígenas

²⁰⁵ De igual manera, Guatemala, 15/05/2006, CERD/C/GTM/CO/11, en 16 (en referencia con el Artículo 5(c) y declarando que "tomando en cuenta su Recomendación general 23, apartado 4 d), recomienda que el Estado parte redoble sus esfuerzos para asegurar la plena participación de los indígenas, en especial de la mujer indígena en los asuntos públicos, y que tome medidas efectivas para asegurar que todos los pueblos indígenas particularmente los Xinka y Garífuna, participen en todos los niveles"); y Australia, 24/03/2000, CERD/C/304/Add.101, en párrafo 9 (resaltando el derecho de los pueblos indígenas a "la efectiva participación de las comunidades aborígenes en la toma de decisiones que afecten sus derechos a la tierra, con arreglo a lo dispuesto en el apartado c) del artículo 5 de la Convención y en la Recomendación general XXIII del Comité, que recalca la importancia de que los aborígenes den su consentimiento con conocimiento de causa").

²⁰⁶ Statement of Les Malezer, Chairman of the Global Indigenous Caucus, 13 de septiembre de 2007 (archivo del autor).

²⁰⁷ Summary record of the 1235th meeting: Algeria, Democratic Republic of the Congo, Mexico, Poland. 05/08/97. CERD/C/SR.1235, párrafo. 66-86 (debatiendo la inclusión del consentimiento informado en la RGXXIII).

²⁰⁸ Ecuador, 21/03/2003, CERD/C/62/CO/2, párrafo 16.

a dar su consentimiento informado tanto en general²⁰⁹ como en conexión con actividades específicas, incluyendo: la minería, las operaciones petroleras,²¹⁰ la explotación maderera,²¹¹ el establecimiento de las áreas protegidas,²¹² las represas,²¹³ las plantaciones agroindustriales,²¹⁴ la reubicación,²¹⁵ y las adquisiciones obligatorias²¹⁶ y otras decisiones que

²⁰⁹ De igual manera, Australia. CERD/C/AUS/CO/14, 14 de abril 2005, en párrafo 11 (recomendando que Australia "tome decisiones relacionadas directamente con los derechos e intereses de los pueblos indígenas obteniendo su consentimiento con conocimiento de causa, como se establece en la Recomendación general N° XXIII"); y México, 04/04/2006, CERD/C/MEX/CO/15, párrafo 14 (señalando que "El Comité toma nota con preocupación que el artículo 2, sección VII de la Constitución haya limitado el derecho de los pueblos indígenas a elegir a sus representantes políticos únicamente a nivel municipal" y recordando a México que "el Comité recuerda al Estado parte el artículo 5 c) de la Convención y le recomienda que garantice en la práctica el derecho de los pueblos indígenas a participar en el gobierno y en la dirección de los asuntos públicos a cualquier nivel")

²¹⁰ Inter alia, Guyana, 04/04/2006, CERD/C/GUY/CO/14, párrafo 19 (recomendando que Guyana "intente obtener el consentimiento informado de las comunidades indígenas afectadas antes de autorizar cualquier operación, minera o de características similares, que pueda suponer una amenaza para el medio ambiente en los lugares habitados por ellas"); Guatemala, 15/05/2006, CERD/C/GTM/CO/11, párrafo 19; y Suriname, 18/08/2005, Decisión 1(67), CERD/C/DEC/SUR/4, párrafo 3.

²¹¹ Inter alia, Cambodia, 31/03/98, CERD/C/304/Add.54, párrafo 13 y 19 (observando que "en muchas decisiones gubernamentales se ha hecho caso omiso de los derechos de las poblaciones indígenas, en particular en materia de ciudadanía y de concesiones para la explotación forestal o los cultivos industriales" y además "el Estado Parte debería garantizar que no se adopte decisión alguna directamente relacionada con los derechos e intereses de las poblaciones indígenas sin su consentimiento informado").

²¹² Inter alia, Botswana, 23/08/2002, UN Doc. A/57/18, párrafos 292-314, en párrafo 304 (en relación con la reserva cinegética de Kalahari Central); y Botswana, 04/04/2006, CERD/C/BWA/CO/16, párrafo 2. Ver, sin embargo, República Democrática del Congo, 17/08/2007, CERD/C/COD/CO/15, párrafo 14 (recomendando, sin mencionar el consentimiento informado, que el estado solamente "tome en cuenta los intereses de los pigmeos y las necesidades de conservación ambiental en relación con el uso de la tierra..." (traducción no oficial). 215. Inter alia, India, 05/05/2007, CERD/C/IND/CO/19, párrafo 19 (declarando que "el estado parte debería obtener el consentimiento fundamentado previo de las comunidades afectadas por la construcción de represas en el noreste, o proyectos similares, en sus tierras tradicionales en todo proceso de decisión relacionado con esos proyectos y proporcionar a esas comunidades una indemnización justa y otras tierras y viviendas").

²¹⁴ Inter alia, Indonesia, 15/08/2007, CERD/C/IDN/CO/3, párrafo 17 (recomendando que Indonesia "garantice que consultas fundamentadas son llevadas a cabo con las comunidades afectadas, para así poder obtener su consentimiento y su participación en el plan" (traducción no oficial); y Cambodia, 31/03/98, CERD/C/304/Add.54, párrafo 13 y 19.

²¹⁵ Inter alia, India, 05/05/2007, CERD/C/IND/CO/19, párrafo 20 ("El Estado Parte debería velar también que las comunidades tribales no sean expulsadas de sus tierras sin su consentimiento fundamentado previo y sin proporcionarles otras tierras ni otorgarles una indemnización justa..."); y Botswana, 04/04/2006, CERD/C/BWA/CO/16, párrafo 12 ("Estado Parte reanude las negociaciones con los residentes de la reserva, hasta los que han sido reubicados, así como con las organizaciones no gubernamentales, para encontrar una solución que sea aceptable para todos; y (d) conseguir el consentimiento previo, libre y con conocimiento de causa, de los individuos y los grupos afectados."). Ver, también, Laos, 18/04/2005, CERD/C/LAO/CO/15, párrafo 18.

²¹⁶ Guyana, 04/04/2006, CERD/C/GUY/CO/14, párrafo 17 (Asimismo, recomienda que el Estado Parte limite la expropiación de propiedades indígenas a casos en los que sea estrictamente necesaria, tras haberlo consultado con las comunidades afectadas para obtener su consentimiento informado...").

afectan el estatus de los derechos a la tierra.²¹⁷ En agosto de 2007, el CEDR anotó en una carta enviada a las Filipinas bajo el procedimiento de alerta temprana y acción urgente que a pesar de que el derecho al consentimiento estaba reconocido en la Ley de derechos de los pueblos indígenas del mismo país, de todas formas el Comité tenía una profunda preocupación de que este derecho hubiera sido afectado negativamente por regulaciones ejecutoras adoptadas bajo la ley.²¹⁸ También mostró preocupación en relación con la posible manipulación del derecho al consentimiento en conexión con la creación de una agencia del gobierno "de un organismo sin estatus en la estructura indígena y considerado no-representativo" por parte del pueblo afectado, y que "había finalizado un acuerdo con una compañía minera canadiense (TVI Pacific) con el fin de autorizar actividades mineras" en la montaña sagrada del pueblo indígena.²¹⁹

El énfasis que el CEDR pone en el derecho al consentimiento informado de los pueblos indígenas ha informado la jurisprudencia del sistema interamericano de derechos humanos, y es a la vez reflejado en el artículo 32(2) de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas (DNUDPI).²²⁰ En lo referente a las industrias extractivas, la Comisión Interamericana de derechos humanos confirmó en el Caso de los doce clanes de los Saramaka, un caso relacionado con concesiones madereras y la minería, que "a la luz de la manera en que ha evolucionado la legislación sobre derechos humanos con respecto a los derechos de los pueblos indígenas, la obtención del consentimiento de los pueblos indígenas para cualquier actividad de explotación de recursos naturales dentro de sus territorios ancestrales es requisito de ley"(traducción no-oficial).²²¹ Mientras que la Corte Interamericana hasta ahora no ha

²¹⁷ Australia. CERD/C/AUS/CO/14, 14 de abril 2005, párrafo 16 (recomendando que estado parte "se abstenga de adoptar medidas por las que se eliminen las actuales garantías de los derechos de los indígenas y que antes de tomar decisiones sobre sus derechos a la tierra haga todo lo posible por obtener el consentimiento con conocimiento de causa de los pueblos indígenas"); y United States of America, 14/08/2001, A/56/18, párrafo 380-407, párrafo 400 ("Expresa además preocupación en relación con información sobre un proyecto de ampliar las actividades mineras y de depósito de desechos nucleares en tierras ancestrales de los Chochones occidentales, mediante la adjudicación de sus tierras en subastas privadas, y otras medidas que afectan a los derechos de los pueblos indígenas").

²¹⁸ Letter to the Permanent Mission of the Philippines, Urgent Action and Early Warning Procedure, 24 de agosto de 2007, pág. 1. Disponible en: http://www.ohchr.org/english/bodies/cerd/docs/philippines_letter.pdf

²¹⁹ *Ibidem.* en pág. 2.

²²⁰ El artículo 32(2) dice que "Los Estados celebrarán consultas y cooperarán de buena fe con los pueblos indígenas interesados por conducto de sus propias instituciones representativas a fin de obtener su consentimiento libre e informado antes de aprobar cualquier proyecto que afecte a sus tierras o territorios y otros recursos, particularmente en relación con el desarrollo, la utilización o la explotación de recursos minerales, hídricos o de otro tipo."

²²¹ Report No. 09/06, Case No 12.338 Twelve Saramaka Clans (Suriname), marzo 2 de 2006, párrafo 214. Ver, además, Report N° 75/02, Case N° 11.140, Mary and Carrie Dann (United States), diciembre. 27, 2002. OEA/Ser.L/V/II.116, Doc. 46, párrafo 130 y Report No. 40/04, Maya Indigenous Communities of the Toledo District, Case 12.053 (Belize), 12 de octubre de 2004, párrafo 142.

afirmado explícitamente el derecho de los pueblos indígenas para dar o retirar su consentimiento a la explotación de sus recursos, sí ha ordenado que el estado se "debe abstener de realizar actos que puedan llevar a que los agentes del propio Estado, o terceros que actúen con su aquiescencia o su tolerancia, afecten la existencia, el valor, el uso o el goce" de la propiedad indígena, por lo menos hasta que sus derechos de propiedad sean asegurados con hechos y por la ley.²²² Algunas órdenes similares se han establecido en la jurisprudencia de medidas provisionales de la Corte.²²³

El CEDR aplica el artículo 5(c) al derecho de los pueblos indígenas a participar en las instituciones del estado y ha resaltado también el derecho al consentimiento informado en este contexto. Además, ha mostrado preocupación acerca de la falta de representantes indígenas en la Comisión de Relaciones Étnicas de Guyana, a pesar de que la enmienda constitucional "establece la Comisión de Relaciones Étnicas no exige la representación de ningún grupo étnico en particular..."²²⁴ En el caso de Australia, el CEDR mostró preocupación en relación con la abolición de la Comisión para los Aborígenes y los Isleños del Estrecho de Torres (ATSIC por sus siglas en inglés), un organismo del gobierno para diseñar políticas compuesto por representantes indígenas elegidos, su reemplazo por una junta de expertos designados, y la transferencia de la mayoría de los programas de la ATSIC a departamentos del gobierno. En referencia a esto y a otros, el CEDR recomienda que Australia "reconsidere la anulación de las garantías existentes para la efectiva participación representativa de los pueblos indígenas en la gestión de los asuntos públicos, así como en la toma de las decisiones y la formulación de las políticas relacionadas con sus derechos e intereses."²²⁵ En su examen de Argentina en 2004, el CEDR aprobó el Consejo Coordinador de los Pueblos Indígenas Argentinos (un organismo establecido por ley para representar a los pueblos indígenas en el Instituto Nacional de Asuntos Indígenas), y expresó dudas acerca de los retrasos en su puesta en funcionamiento.²²⁶

²²² *Moiwana Village Case*, Judgment of the Inter-American Court of Human Rights of 15 June 2005, Series C No 124, párrafo 211 y; *Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni*, 31 de agosto de 2001, Serie C N° 79 , párrafo 164.

²²³ Ver además, *Mayagna (Sumo) Indigenous Community Case*, Provisional Measures of 6 Sept. 2002, Decisiones, en párrafo 1; y *Sarayaku Indigenous Community Case*, Provisional Measures of 17 May 2005, Resolution 1(b).

²²⁴ *Guyana*, 04/04/2006, CERD/C/GUY/CO/14, párrafo 14 (recomendando que "se consulte a los representantes de las comunidades indígenas y se obtenga su consentimiento informado en cualquier proceso de toma de decisiones que afecte directamente a sus derechos e intereses, de conformidad con la Recomendación general N° XXIII del Comité").

²²⁵ *Australia*, CERD/C/AUS/CO/14, 14 de abril 2005, párrafo 11.

²²⁶ *Argentina*, 24/08/2004, CERD/C/65/CO/1, párrafo 18 (en referencia al Consejo Coordinador de los Pueblos Indígenas Argentinos previsto por la Ley N° 23302 para representar a los pueblos indígenas en el Instituto Nacional de Asuntos Indígenas y haciendo referencia al derecho al consentimiento informado).

El CEDR ha declarado además su aprobación para el establecimiento de Sameting (Parlamentos sami) en Noruega y Suecia, describiendo estos organismos como un componente importante para la protección de la cultura sami, su lengua y sus formas de vida.²²⁷ En el caso de Suecia, los miembros del Comité "...se preguntaron en qué medida este Parlamento era independiente y poseía poderes reales... [y] cuáles eran las razones por las que la elección del Presidente del Sameting y las limitaciones que se imponían a las funciones de este Parlamento eran de competencia del Gobierno de Suecia."²²⁸

Por último, el CEDR ha mostrado preocupación en relación con los procesos de reforma legislativa y constitucional, y si los pueblos indígenas participaron en ellos, y si tienen igual acceso a los puestos gubernamentales a todo nivel.²²⁹ Por ejemplo, en el caso de México, el CEDR observó que los pueblos indígenas no participaron en un proceso de revisión constitucional, y en consecuencia recomendó que México ponga en práctica "los principios recogidos en la reforma constitucional en materia indígena en estrecha consulta con los pueblos indígenas."²³⁰ De igual manera, el CEDR recomendó que México enmiende su Constitución teniendo en cuenta el artículo 5(c), para asegurar que el derecho de los pueblos indígenas a elegir sus representantes políticos no esté limitado únicamente al nivel municipal.²³¹ En relación con la representación en los parlamentos y en organismos parecidos, el CEDR muestra preocupación acerca de la ausencia de personas Tuareg en el organismo legislativo de Mali,²³² y felicitó a Colombia por la reserva constitucional de tres cupos en el Senado para representantes indígenas (a pesar de que los pueblos indígenas están "representados insuficientemente en las instituciones estatales, incluidos los organismos legislativos, el sistema judicial, los ministerios gubernamentales, las fuerzas armadas, la administración pública y el servicio diplomático."²³³ En el 2002 también acogió con entusiasmo las enmiendas realizadas al registro electoral de Nueva Zelanda, "en particular la opción electoral Maori, la cual ha contribuido al aumento apreciable en la representación Maori en el Parlamento."²³⁴

²²⁷ Suecia, 03/03/94, A/49/18, párrafo 181-208, 185 y; Noruega, 18/09/97, CERD/C/304/Add.40, párrafo 5.

²²⁸ Suecia, 03/03/94, *ibidem*.

²²⁹ Ver, además, Artículo 19 de la DNUDPI, el cual dispone que "Los Estados celebrarán consultas y cooperarán de buena fe con los pueblos indígenas interesados por medio de sus instituciones representativas antes de adoptar y aplicar medidas legislativas y administrativas que los afecten, para obtener su consentimiento libre, previo e informado."

²³⁰ México, 04/04/2005, CERD/C/MEX/CO/15, en párrafo 12.

²³¹ *Ibidem*, párrafo 14.

²³² Mali, 10/03/94, A/49/18, párrafos 275-283, 278.

²³³ Colombia, 20/08/99, CERD/C/304/Add.76, párrafo 13. Ver además, Venezuela, 01/11/2005, CERD/C/VEN/CO/18, párrafo 7 (anotando "con satisfacción que los pueblos indígenas están representados en la Asamblea Nacional, la cual cuenta con al menos tres diputados indígenas con sus respectivos suplentes, electos por los pueblos indígenas respetando sus usos y costumbres").

²³⁴ Nueva Zelanda, 01/11/2002, A/57/18, párrafo 412-434, en 420.

COMENTARIOS FINALES

Michael Banton, miembro anterior del CEDR, recuerda que esta entidad comenzó esporádicamente a tratar con asuntos de los pueblos indígenas a finales de los años 70 y en los 80, y muy particularmente en Australia, Nueva Zelanda y en aquellos países latinoamericanos que habían ratificado la CIEDR.²³⁵

Por ejemplo, en 1976 se planteó la preocupación de que la constitución de Perú restringía el derecho al voto solamente a los ciudadanos alfabetizados, y como esto pudo haber afectado desproporcionadamente los derechos a la participación política de los pueblos indígenas.

Además, recuerda cómo, tan recientemente como 1989, muchos Estados latinoamericanos negaban que hubiera discriminación racial alguna en sus territorios (Chile, Colombia, Bolivia, Venezuela y México son nombrados), y como reaccionaban con sorpresa, en el mejor de los casos, ante la insistencia del CEDR de que la CIEDR se aplicaba a los pueblos indígenas.²³⁶

Las observaciones finales que tratan con los asuntos indígenas adoptadas hasta mediados de los años 90, con muy pocas excepciones, se preocupaban principalmente en resolver estos malentendidos. Hoy en día, sin embargo, el CEDR plantea preguntas acerca del tratamiento de los pueblos indígenas en todas las regiones del mundo en donde los pueblos se auto-identifican como tal. Además, los informes periódicos de muchos estados partes del CIEDR contienen actualmente información sobre pueblos indígenas como algo habitual.

La RGXXIII fue un momento decisivo en la atención prestada por el CEDR a los pueblos indígenas, y todavía continúa a aportar un punto clave al diálogo con los Estados partes y sus deliberaciones en los asuntos indígenas. A pesar de que no se encuentra libre de discusiones acerca de si los pueblos indígenas existen en un Estado o no (ni de objeciones parecidas o relacionadas), el CEDR trata ahora rutinariamente con los derechos de los pueblos indígenas.

El Comité lo hace con tal grado de detalles que sobrepasa en gran medida a los otros organismos de las Naciones Unidas responsables por el monitoreo de la implementación de los instrumentos de derechos humanos. De hecho se podría decir que las mujeres indígenas encontrarán una mejor atención a sus quejas en el CEDR que en el Comité para la eliminación de la discriminación contra la mujer.

Esto ya que la CIEDR ofrece el potencial de tratar con un amplio rango

²³⁵ BANTON, M. *International action against racial discrimination*. Oxford: Clarendon Press 1996, p.230-42, 278-84.

²³⁶ *Ibidem*, p. 230-31.

de preocupaciones que frecuentemente son presentadas por las mujeres,²³⁷ mientras que el Comité para la eliminación de la discriminación contra la mujer, aunque ha mejorado últimamente,²³⁸ se muestra reacio a tratar los temas de etnicidad y algunas veces adopta recomendaciones que van en contra de los deseos declarados por las mujeres indígenas.²³⁹

La afirmación y protección de los derechos colectivos y la dignidad de los pueblos indígenas por parte de la CIEDR permite una atención al espectro completo de derechos que caen bajo y dan forma al derecho a la libre determinación. Este derecho es el marco a través del cual la mayoría de los pueblos indígenas ven y hacen valer sus derechos. Es una exigencia a ser tratado y protegido en igualdad con otras personas. El CEDR ha tratado muy inteligentemente algunos de los derechos de la libre determinación, evadiendo al mismo tiempo cualquier enfrentamiento innecesario (y más bien retórico) alrededor de la terminología. El derecho a la libre determinación y los derechos relacionados están explícitamente reconocidos en la Carta Africana sobre los Derechos Humanos y de los Pueblos. La interpretación de estos mismos derechos podría ser informada por la jurisprudencia del CEDR, incluyendo en los juicios vinculantes de la Corte Africana de Derechos Humanos una vez que entre completamente en funcionamiento.

El grado de atención prestado por el CEDR a los asuntos indígenas está influenciado y aumentado en la medida en que los pueblos indígenas mismos decidan comunicar sus preocupaciones, bien sea entregando informes paralelos o invocando el procedimiento de alerta temprana y acción urgente. De esta manera no solo se brinda información que de otra forma no se obtendría, información que es muy frecuentemente invaluable en el diálogo del CEDR con los estados partes, sino que adicionalmente hace que el CEDR conozca las perspectivas de los pueblos indígenas. Esto también puede hacerse durante las sesiones informativas informales de la hora del almuerzo del CEDR. Dichos encuentros informales se llevan a cabo durante sus períodos de sesión, en los cuales los miembros del CEDR pueden escuchar directamente lo que tienen que decir los pueblos indíge-

²³⁷ Ver, Recomendación General No. XXV, Gender relations of racial discrimination, 20/03/2000; Canadá, 25/05/2007, CERD/C/CAN/CO/18, párrafo 15 y 20; Costa Rica, 17/08/2007, CERD/C/CRI/CO/18, párrafo 17;

²³⁸ Ver, por ejemplo, India, 02/02/2007, CEDAW/C/IND/CO/3, párrafo 46 (expresando "una preocupación grave acerca del desplazamiento de mujeres tribales debido a la implementación de megaproyectos...[y] que los derechos humanos de los grupos vulnerables como por ejemplo las poblaciones tribales pueden ser afectados adversamente por los proyectos económicos de gran escala") (traducción no oficial) y, Nicaragua, 02/02/2007, CEDAW/C/NIC/CO/6, párrafo 31 (expresando preocupación por las múltiples formas de discriminación sufrida por las mujeres indígenas).

²³⁹ Ver *ibidem*, párrafo 47 y; Australia, 22/07/97, A/52/38/Rev.1, part II, párrafo 405 (ambos recomendando que se le otorgue a las mujeres indígenas derechos individuales para heredar y poseer tierra y propiedad).

nas y pueden hacer preguntas. Estas sesiones informativas cuentan generalmente con una gran asistencia y no deben ser subestimadas.

Finalmente, la RGXXIII fue sin lugar a dudas influenciada por el Proyecto de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas, tal y como fue acordado por los miembros del Grupo de Trabajo sobre Poblaciones Indígenas en 1993 y apoyado por la entonces Subcomisión de Prevención de Discriminaciones y Protección a las Minorías en 1994.²⁴⁰ Han pasado diez años desde que la RGXXIII fuera adoptada, y este aniversario casi coincide con la adopción de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas (DNU DPI) de 2007 por parte de la Asamblea General de las Naciones Unidas. Los 46 artículos que tiene la DNU DPI son mucho más detallados que la RGXXIII, aunque muchos de los asuntos allí tratados también se tratan en la jurisprudencia del CEDR. Mientras no se sabe exactamente cómo el CEDR va a incorporar esta importante Declaración dentro de su trabajo, se puede esperar que la DNU DPI comience a figurar explícitamente en la jurisprudencia del CEDR, y que las normas elaboradas en ésta y en la DNU DPI continúen, como un mínimo, reforzándose mutuamente una a otra.

²⁴⁰ Ver, Informe de la Subcomisión de prevención de discriminaciones y protección a las minorías sobre su 46º periodo de sesiones Ginebra, UN Doc. E/CN.4/1995/2, E/CN.4/Sub.2/1994/56, 28 de octubre de 1994.