

Pueblos y comunidades indígenas.
Definiendo los hechos, la realidad y sus derechos

María del Ángel Iglesias Vázquez

Dykinson e-book

**Pueblos y comunidades indígenas.
Definiendo los hechos, la realidad y sus
derechos**

MARÍA DEL ÁNGEL IGLESIAS VÁZQUEZ

UNIR, Universidad Internacional de La Rioja

**Pueblos y comunidades indígenas.
Definiendo los hechos, la realidad y sus
derechos**

No está permitida la reproducción total o parcial de este libro, ni su incorporación a un sistema informático, ni su transmisión en cualquier forma o por cualquier medio, sea este electrónico, mecánico, por fotocopia, por grabación u otros métodos, sin el permiso previo y por escrito del editor. La infracción de los derechos mencionados puede ser constitutiva de delito contra la propiedad intelectual (art. 270 y siguientes del Código Penal). Diríjase a Cedro (Centro Español de Derechos Reprográficos) si necesita fotocopiar o escanear algún fragmento de esta obra. Puede contactar con Cedro a través de la web www.conlicencia.com o por teléfono en el 917021970/932720407.

Este libro ha sido sometido a evaluación por parte de nuestro Consejo Editorial
Para mayor información, véase www.dykinson.com/quienes_somos

© Copyright by
Los autores
Madrid

Editorial DYKINSON, S.L. Meléndez Valdés, 61 - 28015 Madrid
Teléfono (+34) 91 544 28 46 - (+34) 91 544 28 69
e-mail: info@dykinson.com
<http://www.dykinson.es>
<http://www.dykinson.com>

ISBN: 978-84-1170-852-4

Maquetación:
german.balaguer@gmail.com

Índice

INTRODUCCIÓN.....	13
CAPÍTULO PRIMERO. CUESTIONES PREVIAS	23
1. LA COMPLEJA TAREA DE DEFINIR	23
2. BREVE PANORAMA DE LOS PUEBLOS Y COMUNIDADES INDÍGENAS.....	29
2.1.Los pueblos y comunidades indígenas en Europa	29
2.2.Los pueblos y comunidades indígenas en América	34
2.3.Los pueblos y comunidades indígenas en África	41
3. LA CONFORMACIÓN DE UN MARCO INTERNACIONAL LEGAL	47
3.1.La obra de la Organización Internacional del Trabajo	47
3.1.1. El «Convenio 50» sobre el reclutamiento de trabajadores indígenas de 1936.....	49
3.1.1.1. La falta de definiciones de conceptos esenciales ...	52
3.1.1.2. El Indígena	53
3.1.1.3. El «reclutamiento» y algunas de sus consecuencias	54
3.1.1.4. El menor	57
3.1.1.5. Otras disposiciones.....	58
3.1.1.6. Apunte final.....	59
3.2.2. El «Convenio 64», sobre los contratos de trabajo (trabajadores indígenas)	60
3.2.2.1. Antecedentes y gestación.....	60
3.2.2.2. Principales cuestiones planteadas previamente	62
3.2.2.3. Los Comentarios al anteproyecto	65
3.2.2.4. Recomendación complementaria	67
3.2.2.5. El texto final del convenio.....	68
3.2.2.6. Consideraciones finales	70
3.2.3. El «Convenio 107» sobre las poblaciones indígenas y tri- bales de 1957	71

3.2.3.1. La puesta en práctica del convenio y su observancia por los Estados	75
3.2.4. El «Convenio 169» sobre pueblos indígenas y tribales.....	88
3.3. La labor de las Naciones Unidas: la Declaración Universal de Derechos Humanos, los Pactos de 1966 y la Declaración de 2007 ...	96
3.3.1. La Declaración Universal de Derechos Humanos.....	96
3.3.2. Los Pactos de 1966: el Pacto Internacional sobre Derechos Civiles y Políticos y el Pacto Internacional sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales	96
3.3.3. La Declaración sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas de 2007.....	98
4. LA CONFORMACIÓN DE UN MARCO REGIONAL LEGAL	103
4.1. Europa: un doble sistema regional convencional.....	103
4.1.1. El Convenio Europeo para Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales.....	103
4.1.2. La Unión Europea.....	105
4.2. América.....	106
4.2.1. La Convención americana sobre Derechos Humanos	108
4.2.2. La Corte Interamericana de Derechos Humanos.....	110
4.2.3. La Declaración americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas de 2016.....	110
4.3. África.....	111
4.3.1. La Carta africana de Derechos Humanos y de los Pueblos..	112
4.3.2. Los derechos contenidos en la Carta.....	113
4.3.3. La Comisión africana de Derechos Humanos y de los Pueblos	114
4.3.4. La Corte africana de Derechos Humanos y de los Pueblos	117
 CAPÍTULO SEGUNDO: LOS PUEBLOS Y COMUNIDADES INDÍGENAS ANTE LAS INSTANCIAS DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS	121
1. LOS IROQUESES ANTE LA SOCIEDAD DE NACIONES.....	121
2. LOS PUEBLOS Y COMUNIDADES INDÍGENAS EUROPEOS	123
2.1. Los Samis y el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas	124
2.1.1. Ivan Kitok vs. Suecia	124
2.1.2. Sara et al. vs. Finlandia	125
2.1.3. Ilmari Länsman y otros vs. Finlandia.....	126
2.1.4. Länsman et al. contra Finlandia	127
2.1.5. Anni Äärelä and Jouni Näkkäläjärvi vs. Finland	128
2.2. Los Samis ante la Comisión Europea de Derechos Humanos	129

2.2.1. El caso Alta	129
2.2.2. Kōnkāma and 38 other Sami villages vs. Sweden	131
2.3. Los Samis ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos.....	133
2.3.1. Johti Sappmelaccatry and others vs. Finland	133
2.3.2. Handölsdalen Saami Village and others vs. Sweden	134
2.4. Los Inuits ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea	138
3. LOS PUEBLOS Y COMUNIDADES INDÍGENAS EN LAS INSTANCIAS AMERICANAS.....	140
3.1. El caso de la Tribu Achéy la Comisión Interamericana de Derechos Humanos	140
3.2. Los pueblos y comunidades indígenas ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos	143
3.2.1. El Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua	143
3.2.2. El caso Comunidad indígena Yakye Axa contra Paraguay ...	145
3.2.3. Sawhoyamaya vs. Paraguay	150
3.2.4. Los asuntos contra Surinam: el Caso Moiwana y el Caso Saramaka	150
3.2.5. Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador	155
3.2.6. El Caso Lhaka Honhat (Nuestra Tierra) vs. la República de Argentina.....	158
3.2.7. La supervisión conjunta de los asuntos relativos a las Comunidades indígenas Yakye Axa, Sawhoyamaya y Xákmok Kásek y el Paraguay, los «tres casos»	160
3.2.8. Las reparaciones en la Corte IDH	161
3.2.9. Consideraciones intermedias sobre la Corte IDH	166
4. LOS PUEBLOS Y COMUNIDADES INDÍGENAS AFRICANOS EN INSTANCIAS AFRICANAS	167
4.1. Intentos en sede judicial doméstica	167
4.1.1. El asunto The Ol Ole Njogo and Others vs. The Attorney General	167
4.1.2. El asunto Moses Lesiamon Ole Mpoe & another vs. Commissioner of Lands & 4 Others. HC Nakuru	172
4.2. La Comisión africana de Derechos Humanos y de los Pueblos	173
4.2.1. El caso de los Ogoni ante la Comisión africana de los Derechos Humanos y de los Pueblos.....	173
4.2.2. La Decisión de la Comisión africana de 27 de mayo de 2002. Ogoni vs. Nigeria	174
4.2.3. El asunto de los Endorois.....	176
4.2.4. Los Nubian	181

4.3. Los Ogiek ante la Corte africana de Derechos Humanos y de los Pueblos.....	188
4.3.1. La sentencia en el asunto 006/2012 African Commission of Human and Peoples' Rights vs. la República de Kenia....	190
4.3.1.1. Cuestiones abordadas por la Corte: los Ogiek como comunidad indígena	192
4.3.1.2. El Derecho a la Propiedad de las tierras del artículo 14° de la <i>Carta africana</i>	194
4.3.1.3. El artículo 21° de la CAfDHP y el derecho a disponer de sus riquezas y recursos naturales	199
4.3.1.4. Los artículos 8° y 17° de la <i>Carta africana</i> : la libertad de creencias y la cultura.....	200
4.3.2. La sentencia sobre Reparaciones en el Caso Ogiek, de 23 de junio de 2022	205
4.3.2.1. La sentencia de 23 de junio de 2022.....	208
 CAPÍTULO TERCERO: CUESTIONES ACTUALES	219
 1. EL USO (Y ABUSO) DE LAS TIERRAS ANCESTRALES DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS POR RAZONES ECONÓMICAS: ENTRE LA VULNERACIÓN DE DERECHOS HUMANOS Y LOS CRÍMENES INTERNACIONALES	220
1.1. Aproximación.....	220
1.2. El acaparamiento de tierras por razones económicas como vulneración de Derechos Humanos	223
1.2.1. La cuestión del acaparamiento antes las instancias de las Naciones Unidas	223
1.2.2. El panorama ante las cortes regionales	225
1.3. Crímenes internacionales. Los pueblos indígenas ante la justicia penal internacional	228
1.3.1. Camboya (land grabbing)	229
1.3.2. Brasil	232
1.4. Perspectiva interna: el sistema de Roma.....	236
1.2. Perspectiva externa: los pueblos indígenas	243
1.3. Ideas finales	245
 2. ALGUNAS NOTAS SOBRE EL FUERO INDÍGENA Y LA JURISDICCIÓN ESPECIAL INDÍGENA.....	248
2.1. Introducción.....	248
2.2. El reconocimiento de la identidad cultural como base del reconocimiento del fuero especial indígena	251

2.3. Panorama general del reconocimiento legal (y jurisprudencial) de un derecho propio de los pueblos indígenas.....	252
2.4. El fuero indígena	255
2.4.1. Concepto y caracteres.....	255
2.4.2. Elementos para su aplicación.....	258
2.4.3. El elemento subjetivo, el estatus de indígena: problemas de aplicación	260
2.4.4. El elemento geográfico	262
2.5. Límites de la aplicación del derecho indígena	264
2.5.1. La primacía de la Constitución y la observancia de los Derechos Humanos	264
2.5.2. Límite material del fuero especial indígena	266
2.6. La Jurisdicción especial indígena.....	269
2.6.1. Aproximación conceptual	269
2.6.2. Sistema organizativo	272
2.6.3. El reconocimiento de decisiones y sus límites	273
2.7. Ideas finales	275
EPÍLOGO	279
BIBLIOGRAFÍA	287

Introducción

Con la llegada de Cristóbal Colón a lo que se pensaba que eran las Indias y la ocupación de territorios desconocidos antes para los europeos comenzó un proceso complejo, con sus luces y sus sombras, que supuso un antes y un después para los pueblos originarios de América. La diferencia, tanto en lo que se refiere al aspecto físico de los nativos, como en su *modus vivendi* atrajo, sin duda, la atención de aquella primera expedición que, a su regreso a Castilla, fue acompañada por algunos de aquellos pobladores, así como por las riquezas materiales allí encontradas, prometidas por Colón a la reina Isabel.

En todas estas islas no vi mucha diversidad de la hechura de la gente, ni en las costumbres ni en la lengua; salvo que todos se entienden, que es cosa muy singular para lo que espero que determinaran Sus Altezas para la conversión de ellos a nuestra santa fe, a la cual son muy dispuestos.¹

No tanto en la primera como en las subsiguientes expediciones, estas fueron acompañadas por la voluntad de convertir a la Iglesia Católica a aquellos nativos, así como de culturizarlos, al entender que el estado en que se encontraban precisaba de la enseñanza de ciertos conocimientos. Esto trajo como consecuencia un cambio en el estatus natural en que vivían.

También mando que en cuanto que el Papa nos concedió las Islas y Tierra Firme del Mar Océano descubiertas y por descubrir [América y las islas cercanas], y como fue mi intención procurar, inducir y atraer a los pueblos que las pueblan a la fe católica, y enviar a las Islas y Tierra Firme prelados y religiosos y clérigos y otras personas doctas... para instruir a los moradores de aquellas tierras en la fe católica, y enseñarles buenas costumbres. Además suplico al rey mi señor muy afectuosamente, y encargo y mando a la princesa, mi hija, y al príncipe, su marido, que así lo hagan y cumplan,

¹ Colón, C. (1825) «Carta a Luis de Santángel», en Fernández de Navarrete, M. (1825). Colección de los viajes y descubrimientos que hicieron por mar los españoles. Imprenta Real, p. 167.

y que esto sea su principal fin y en ello ponga mucha diligencia, y que no consientan ni den lugar a que los indios, vecinos y moradores de las Indias y Tierra Firme, ganadas y por ganar, reciban agravio alguno en sus personas ni bienes, antes al contrario que sean bien y justamente tratados, y si han recibido algún agravio que lo remedien y provean para que no se sobrepase en cosa alguna lo que en las cartas apostólicas de dicha concesión se mandaba y establecía.²

Los abusos cometidos y los dilemas jurídicos que plantean la toma de sus tierras y sus riquezas dieron como fruto obras como la de Bartolomé de Las Casas, *Brevísima relación de la destrucción de las Indias* o Francisco de Vitoria. Puede afirmarse que, en la obra de este último, uno de los padres del Derecho Internacional, podemos encontrar el primer gran debate sobre el Derecho Internacional dentro de los Derechos Humanos. En su obra (apuntes procedentes de las notas de sus discípulos) *Relecciones sobre los indios y el Derecho de Guerra*, Vitoria plantea cuestiones tales como la de «si los indios bárbaros eran, antes de la llegada de los españoles, verdaderos dueños privada y públicamente, y si habla entre ellos verdaderos jefes y señores de los otros»³. Tratando de establecer argumentos en pro y contra, señala que «ellos estaban pública y privadamente en pacífica posesión de sus cosas, y, por lo tanto, mientras no se demuestre lo contrario, deben ser tenidos por verdaderos señores y no puede despojárseles de su posesión, sin justa causa» y en «verdadera doctrina» sostiene que «El pecado mortal no impide el dominio civil y dominio verdadero».⁴

El Derecho no permaneció ajeno a los hechos. En España se promulgaron las Leyes de Indias que, según afirma Montenegro Baca, «se caracterizan por su profundo sentido religioso y ético, por sus nobles acentos humanitarios, por la protección, defensa y tutela del indio, y por el vigoroso y clarividente sentido de justicia social que las inspira. En estas leyes se encuentra por vez primera la Justicia social como fin del Estado».⁵ No faltan, desde

² Testamento y Codicilio de Isabel la Católica. 12 de octubre y 23 de noviembre de 1504.

³ *Id.*, p. 31, pp. 37 y ss.

⁴ *Id.*, . 41.

⁵ Montenegro Baca, J. (1966). «Estudio de las Leyes de Indias en las Facultades de Derecho Hispanoamericanas» en *Revista de Política y Sociedad*, n.º 71, 229-237. La recopilación de Leyes de los Reynos de las Indias puede hallarse en la colección de la Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado. https://www.boe.es/biblioteca_juridica/publicacion.php?id=PUB-LH-1998-62. Sobre la amplia literatura relativa a las Leyes de Indias, véase. Sánchez Bella, I. (1990). «Aportación española a la Historia del Derecho Indiano (1940-1989)», *Revista de Indias*, vol. 50, n.º 188, pp. 51-76.

luego, detractores de estas leyes desde la perspectiva del desconocimiento de la real situación y entender del indígena. Grenni sostiene que:

Mucho se ha hablado acerca de la conquista española de América, y del avasallamiento cultural y humano que trajo aparejado. Sin dejar de lado esta perspectiva, presento aquí algunos elementos para mostrar el lado humano de esta conquista. Los indios fueron considerados, para el Derecho Indiano, personas con derechos, en condiciones de igualdad con los españoles de la península. En ese sentido, las Leyes de Indias bien pueden considerarse como un primer y valioso antecedente jurídico de los Derechos Humanos.⁶

Las Leyes de Indias tienen, siguiendo a Bernal Gómez, su certificado de nacimiento en las Capitulaciones de Santa Fe, del 17 de abril de 1492. Sostiene que «no se tomaron en consideración, en este documento, las peculiaridades del territorio que, una vez descubierto, se pretendía gobernar», sino que se basaban en el derecho medieval castellano.⁷ Este derecho indiano se aplicó por más de trescientos años y, siguiendo a la misma autora:

Abarca, no solo las disposiciones legislativas dictadas para las Indias desde la Metrópoli y las promulgadas, sino también las normas de derechos castellano que se aplicaron como supletorias en ellos y las costumbres indígenas que se incorporaron *secundum legem* o se mandaron guardar por la propia legislación indiana.⁸

La cuarta ley de la *Recopilación de las Leyes de los Reynos de las Indias*, de 1680, reza: «que se guarden las leyes que los indios tenían antiguamente para su Gobierno y las que se hicieran de nuevo». Este derecho comprendía también, junto al derecho de Castilla y en contra de lo afirmado en determinados sectores de la academia y de la política, un «grupo de costumbres jurídicas prehispánicas que, también con el aval de las leyes Indianas, sobrevivieron, integradas o permitidas por éstas, a la conquista y colonización».⁹

⁶ Grenni, H., (2004). «Las Leyes de Indias: un intento por considerar a los indígenas como personas con derechos», *Revista Teoría y Praxis*, n.º 4, p. 1.

⁷ Bernal Gómez, B. (2015). «El Derecho Indiano, concepto, clasificación y características». *Ciencia Jurídica*, año 4, n.º 7, p. 183.

⁸ *Id.*, p. 184.

⁹ *Id.*, p. 186.

Estas costumbres tenían el límite de no contrariar los dictados de la fe católica.¹⁰

No se trató de un derecho perfecto, ni puede entenderse con los parámetros actuales del derecho internacional de los Derechos Humanos, ni en la letra ni en su puesta en práctica, «conflicto que permanece» como señala Bernal, y como tendremos oportunidad de comprobar en este trabajo. El principio del *favor indiarum* era de carácter proteccionista y, por lo tanto, discriminador.

Pero hay actos cometidos en estas tierras que no estuvieron fuera de la intensa crítica efectuada, fundamentalmente, por la Escuela Salmantina de Derecho, primeros defensores de los derechos de los pueblos indígenas.¹¹ Como señala Sánchez de Movellán Torrent:

Es un hecho comprobado a través de los escritos de la época el maltrato ejercido sobre los indígenas, su explotación como hombres, la destrucción de sus tierras, la apropiación de sus bienes, las matanzas de mujeres y niños, así como, en el mejor de los casos, la imposición de las nuevas formas de vida españolas: en cuanto a su cultura, derecho y religión.¹²

La misión evangelizadora española partía de la Bula *Inter Coetera* de 3 de mayo de 1493, por la que el Papa Alejandro VI declaraba a los Reyes

¹⁰ Véase al respecto el trabajo de García Gallo (1951, p. 161), quien señala que «el origen último del Poder real estaba en Dios». El autor afirma después que «La doctrina de la tiranía, aprendida de los españoles, apareció, así como justificativa de la independencia tanto si se consideraba la detentación injusta del poder como el ejercicio desconsiderado de éste», en p. 163. García Gallo, A. (1951). «El Derecho Indiano y la independencia de América». *Revista de estudios políticos*, n.º 60, pp. 157-180.

¹¹ *Ad ex.*, Antonio de Montesinos (recuérdese su homilía *Ego vox clamantis in deserto*), Bartolomé de las Casas (*Breve destrucción de las Indias*) o Francisco de Vitoria (*Relecciones*).

¹² Sánchez de Movellán Torrent, I. (2014). «La dignidad humana como base de los Derechos Humanos Fundamentales: De los escritos de los teólogos-juristas del S. XVI a la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea», en Goizueta Vértiz, J., Cienfuegos Mateo, M. (Dirs.) (2014). *La eficacia de los derechos fundamentales de la UE*. Editorial Aranzadi pp. 593-610. Señala la autora las diversas etapas (modificaciones) de las Leyes de Indias, fruto de los acontecimientos. Así, una etapa inicial que no contempla la realidad indiana, una etapa crítica o de cuestionamiento de las acciones, de denuncia que llevó a la modificación de las existentes, una tercera etapa en la que el derecho autóctono y criollo toma relevancia y respecto de la cual, señala la autora que «se inicia la gran recopilación del Derecho de Indias que llevará a cabo Juan de Ovando (1680). Una cuarta etapa, añade, en la que la influencia francesa a través de los monarcas españoles borbones queda de manifiesto (siglo XVIII).

Católicos señores de tales islas y tierras, con la obligación de evangelizar a los habitantes de las islas. Estamos en una época en que la jerarquía Papado-Imperio se impone hasta su desaparición definitiva con la Paz de Westfalia en 1648. Las Leyes de Indias, en definitiva, constituyen el marco de referencia legislativo en el área hispana.

Al igual que la Corona de Castilla y Portugal, otros reinos y colonias europeas se lanzaron casi de inmediato a la búsqueda de nuevos territorios que hacían propios. Es así como Europa comienza a hacer suyas diferentes tierras en todos los continentes imponiendo sus reglas de juego y tratando a los originarios, dueños de estas, como sus servidores. Ejemplos no faltan y se fueron extendiendo en el tiempo, como los efectuados en el mismo continente americano por los holandeses, ingleses, alemanes y franceses; en África, junto a aquéllos, por los belgas, en Oceanía, ingleses y holandeses, principalmente, a los que se suman ya en períodos históricos posteriores los norteamericanos y, en fin, en Asia, donde ingleses, portugueses, franceses y holandeses harán lo propio.

El rasgo común en todos estos sucesos es la mencionada ocupación de la tierra y el sometimiento de los habitantes originarios, usando diferentes métodos, como las *Act*,¹³ en el caso de los británicos o el de los «tratados» concluidos entre los propios ya americanos en los casos de los Estados Unidos o Canadá. Según los Archivos Nacionales y Administración de Documentos,¹⁴ entre 1778 y 1871, el Gobierno de los Estados Unidos de América firmó unos 500 tratados con los nativos norteamericanos, siendo el primero el de Delaware.

En el caso de Canadá, desde 1701, la Corona británica firmó tratados con los grupos indígenas de sus colonias en Norteamérica, incluyendo las que más tarde se convertirían en partes de Canadá. Los tratados proporcionaron a aquella, grandes extensiones de tierra ocupadas por las Primeras Naciones, transfiriendo su título indígena a la Corona.¹⁵

¹³ Mencionamos la ley en plural para incluir la ley canadiense de 1868 o la *Land Acquisition Act of India* de 1894, elaborada para la India, y que fue utilizada tres años más tarde para poder extender el dominio británico sobre tierras kenianas y con semejantes propósitos.

¹⁴ Agencia independiente adscrita al Gobierno Federal de los Estados Unidos. Disponible en <https://www.archives.gov/research/native-americans/treaties>.

¹⁵ En la página web <https://www.rcaanc-cirnac.gc.ca/eng/1380223988016/1544125243779> puede encontrarse más información cronológica y geográfica de estos tratados. Sobre esta cuestión, ver la obra de Reguart Segarra, N. (2021). «Los pueblos indígenas de Canadá y la defensa de sus territorios sagrados. Análisis sociológico y jurisprudencial», en *Deusto. Instituto de*

En este país, en julio de 2019 se hizo público el Informe complementario sobre el genocidio perpetrado contra mujeres y niñas canadienses fruto de una Comisión de la Verdad que ayudó a esclarecer los hechos que siguieron a la promulgación de la *Indian Act* y de la implantación de las Escuelas residenciales en las que se obligaba a los niños, bajo pena de severos castigos, a no utilizar ni su lengua, ni sus vestidos tradicionales y, en suma, se prohibía el ejercicio de sus culturas. El Gobierno de Trudeau hizo perdón público, aunque se trata de un hecho muy criticado.

Se llegó a considerar el espacio de tierra ocupado, como *terra nullius* y los habitantes originarios, como servidores de otros, los que tomaron aquéllas. Se reguló la cuestión de quién podía ser considerado indígena y quien no. Muestra de ello es el caso *Lovelace*.¹⁶

Por lo que respecta al Derecho Internacional, las primeras conferencias internacionales de Westfalia (1648) o Viena (1815) nunca prestaron atención al hecho indígena. Un gran paso atrás se dio con la Conferencia de Berlín de 1885 en la que potencias europeas se repartieron prácticamente todo el continente africano con las consecuencias indeseadas para los pueblos originarios. Bajo la Sociedad de Naciones (1919) comenzaron a elaborarse textos internacionales de protección del indígena, merced a la labor de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) que empezó a tratar de paliar el estado de subyugación en que los indígenas se encontraban en el ámbito laboral, con el Convenio n.º 50 de 1936, sobre el Reclutamiento de Trabajadores Indígena o con el n.º 64 de 1939, sobre los Contratos de Trabajo (trabajadores indígenas).

Ya con la Organización de Naciones Unidas se fueron elaborando instrumentos de protección de Derechos Humanos que han sido claves en el reconocimiento de los derechos de los pueblos y comunidades indígenas, como los *Pactos* de 1966 (partiendo de la *Declaración Universal de Derechos Humanos*) y otros convenios internacionales. Junto a ello, el derecho regional de protección de aquellos ha servido, diríamos de forma más intensa y eficaz, a reforzarlos. En toda esta evolución asistimos a diferentes formas de entender la forma debida de protección, y cómo no, del concepto de lo

Derechos Humanos, n.º 98. Otra interesante obra es la de Dempsey, H.A. (2015). *The Great Blackfoot Treaties*. Heritage; que relata, entre otros, la masacre Baker.

¹⁶ Sandra Lovelace c./ Canadá, Communication n.º 24/1977: Canadá 30/07/81, UN. Doc. CCPR/C/13/D/24/1977. Disponible en <http://hrlibrary.umn.edu/undocs/session36/6-24.htm>.

que sean los pueblos indígenas y su diferenciación con otros términos, como etnias, tribus, pueblos o minorías.

Pero la elaboración, la aprobación y la ratificación de textos que reconocen unos derechos específicos de estos pueblos, no ha sido la solución en la práctica a los problemas actuales de discriminación, de pobreza, de negación de su cultura o de acceso a la justicia, entre otros, ya que, como podremos comprobar, aquellos han sido incumplidos con más frecuencia de lo deseado, por lo que el recurso a los órganos o tribunales ha sido la vía encontrada para reclamar lo que les pertenece y no siempre han encontrado respuesta positiva.

El presente trabajo se compone de tres capítulos. El primero comienza con el tratamiento de la compleja cuestión de las definiciones y un acercamiento al panorama de los pueblos y comunidades indígenas en Europa, América y África, para continuar con la conformación del sistema legal internacional y regional de protección de los derechos de estos pueblos. Se hará, asimismo, una referencia al marco institucional que ha servido a la labor de protección de estos. Las definiciones nos parecen necesarias como punto de partida. Dicha cuestión no ha sido, ni es hoy en día, pacífica, dada la diversidad de estos pueblos en los distintos escenarios del mundo, las diferentes realidades. Pensemos, además, que el desplazamiento del indígena a las grandes urbes ha influido en su cultura, en ocasiones oscureciendo. África tiene unas peculiaridades que conducen a que el tratamiento de los pueblos y comunidades africanas deban tratarse conforme a su singularidad. La raíz etimológica de la palabra indígena, «*indi-gēna*», no sirve para referirse conceptualmente a estos pueblos que, sin embargo y con el tiempo, han obtenido un reconocimiento de sus derechos: ¿a quiénes, por tanto, nos estamos refiriendo?

En este punto de partida, ofreceremos un acercamiento (panorama) a los pueblos indígenas en tres grandes áreas, la europea, la americana y la africana. Ello no nos debe llevar a la equivocada conclusión de que solo habitan en estas tres zonas: en Asia y Oceanía existen, también, pueblos que han luchado por el reconocimiento de su singularidad. Según el IGWIA, en Asia existen unos 2000 grupos que se identifican como pueblos indígenas, alcanzando, en cuanto a número, la cifra de 411 millones de personas. En 1992 se creó la organización *Asia Indigenous Peoples Pact (AIPP)* para promover y defender los derechos de estos pueblos. En Australia, los pueblos del

Torres Strait lograron sentar un precedente en la jurisprudencia local que ha tenido gran influencia hacia el exterior. Con la sentencia *Mabo*, se reconoció a los Meriam como dueños ancestrales de las Islas Murray (incluyendo las Mer, Dauer y Waier) en el *Torres Strait*.¹⁷ Se promulgó la *Title Act* y la *Aboriginal and Torres Strait Islander Commission Act* (1989 y 2005). No obstante, al no existir en esta área un Tribunal Regional de protección de Derechos Humanos (ni, por tanto, texto de tal carácter), quedará fuera del trabajo que ahora se presenta.

En la sección tercera de este primer capítulo nos adentraremos en el estudio de la conformación del sistema legal (e institucional) internacional y regional de los derechos de los pueblos y comunidades indígenas. En este último ámbito es en el que se han alcanzado resultados positivos y con una especial fuerza jurídica. Hay que tener en cuenta que el indígena, como persona individualmente considerada, goza de los derechos que corresponden a cualquier ser humano, junto a los cuales, como miembros de una colectividad, se les reconocen unos derechos particulares. Así, respecto a los primeros, como individuo, los derechos internacionalmente reconocidos en la *Declaración Universal de Derechos Humanos*, en el *Pacto de los Derechos Civiles y Políticos*, en el *Pacto de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales* y en los derivados de las convenciones internacionales.¹⁸ Con respecto a los derechos reconocidos como miembros de una colectividad, el instrumento más importante es el «Convenio 169» de la Organización Internacional del Trabajo, de 1989 y la declaración de Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas de 2007, nacida de una resolución de la Asamblea General de Naciones Unidas y, en consecuencia, en principio sin valor vinculante, lo que con el tiempo ha ido variando sustancialmente ante el reconocimiento legal, jurisprudencial y

¹⁷ *Mabo vs. Queensland* (No 2) (Mabo case) [1992] HCA 23; (1992) 175 CLR 1 (3 June 1992). En la sentencia, podemos leer: «The traditional title of the Meriam people to the land in the Islands has not been extinguished by subsequent legislation or executive act and may not be extinguished without the payment of compensation or damages to the traditional titleholders of the Islands. 4. The land in the Murray Islands is not Crown land within the meaning of that term in s.5 of the Land Act 1962».

¹⁸ Nos referimos a la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial de 1965; la Convención Sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra La Mujer, de 1979; la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes, de 1984; la Convención sobre los Derechos del Niño, de 1989, la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares, de 1990; la Convención Internacional para la Protección de Todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas, de 2006, y la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad; de 2006, completadas por sus protocolos.

doctrinal de que gozan los derechos contenidos en la misma. Esta es la razón por la que, en los cuadros elaborados sobre los pueblos indígenas de las tres zonas regionales, se incluye referencia a la posición de los diferentes Estados, tanto en cuanto al «Convenio 169» como a la declaración de 2007.

El segundo capítulo se dedica al estudio de los pueblos y comunidades indígenas en sede judicial, tanto internacional como regional; es decir: tanto ante instancias de Naciones Unidas como en las regionales, europeas, americanas y africanas. Todo el conjunto de normas a que nos acabamos de referir necesita un sistema auxiliar que ofrezca interpretación y aplique su contenido. Los Derechos Humanos reconocidos internacional, regional o localmente, quedarían desnudos de fuerza sin la labor de los tribunales, en el sentido de que allá donde son vulnerados, existen instancias a las que el individuo o el grupo puede acudir para que sea reparado el daño causado. Podremos comprobar en este apartado, cómo el sistema internacional no tiene la fuerza de la que goza el sistema regional. Se hace, pues, imprescindible, atender al estudio de las decisiones recaídas en los diferentes asuntos llevados antes ellas. Podrán observarse diferencias remarcables entre el sistema internacional y el regional; dentro de este, entre los sistemas europeo, americano y africano. En definitiva, sin perjuicio de mencionar intentos antiquísimos, como el del Iroqués ante la Sociedad de Naciones, iremos explicando los más relevantes asuntos presentados ante las instancias creadas por el sistema convencional de Naciones Unidas y los llevados ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, la Corte Interamericana de Derechos Humanos y la Corte africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, así como ante las respectivas Comisiones.

La jurisprudencia habida hasta el momento de escribir estas líneas muestra una importante evolución en cuanto al reforzamiento de los derechos de estos pueblos, pero faltaríamos a la verdad si no indicamos, desde ahora, que muchos de los pronunciamientos han requerido de fases posteriores de supervisión del cumplimiento de lo dictado en ellas o no se han cumplido.

Finalmente, en el capítulo tercero se exponen algunas cuestiones actuales como la del uso (y el abuso) de las tierras ancestrales de los pueblos indígenas por razones económicas, entre la vulneración de Derechos Humanos y los crímenes internacionales y la del Fuero Indígena. Para ello, nos hemos servido de trabajos ya publicados por esta autora en revistas especializadas y debidamente referenciadas.

La primera de las cuestiones que traemos en esta tercera parte es un problema antiguo y actual. El derecho reconocido a los pueblos indígenas sobre sus tierras ancestrales ha sido y es a menudo objeto de vulneración. Intereses económicos, fundamentalmente, se hallan presentes en el acaparamiento de aquellas; en ocasiones, obligándoles a desplazarse involuntariamente de sus hábitats en los que se han llevado y se llevan a cabo operaciones económicas que atentan contra sus vidas y contra el medio ambiente. Ello, junto a otras causas como las derivadas de conflictos.

En este escenario en el que pueblos o comunidades indígenas se ven conminados a trasladarse a otras zonas, que ni son sus ancestrales ni tienen el significado espiritual y valor material que el propio, nos conduce a preguntarnos hasta qué punto estas vulneraciones de Derechos Humanos pueden o no ser constitutivas de crímenes internacionales. La cuestión ya ha sido observada por la jurisprudencia donde encontramos la dificultad que han tenido los Tribunales de protección de Derechos Humanos, al no poderse pronunciar más allá de lo que sea una vulneración de estos.

Finalmente, nos referiremos al llamado «fuero indígena». El hecho de que, internamente, los Estados hayan atendido a los derechos particulares que les corresponden como grupo a estas colectividades, se manifiesta en el reconocimiento del derecho a un sistema legal y judicial propio, a regirse por sus propias normas y costumbres, interpretadas por quienes en sus sistemas son los llamados a esta labor. Estaríamos ante el reconocimiento del derecho a su libre determinación; derecho que no puede significar el de independencia o segregación de su territorio del Estado al que pertenecen, sino limitado a regirse (como acabamos de indicar) por sus normas, tradiciones y costumbres, con el límite adicional de no contrariar las constituciones de los Estados y los Derechos Humanos, tema de enorme interés por cuanto pueden encontrarse, especialmente en el ámbito de los castigos penales, formas que pudiéramos calificar de atentatorias contra la integridad de la persona.

Con las cuestiones que abordamos en los tres capítulos no se agotan todas las que pudieran tratarse, porque se encuentran, de una u otra forma, relacionadas, como la de la afectación de la identidad cultural de los indígenas que se trasladan a las grandes urbes, dejando su colectividad, total o parcialmente. Esperamos, no obstante, que el contenido de esta obra sirva al lector para tener una idea más amplia de la situación pasada y presente de los pueblos y comunidades indígenas.

Capítulo primero. Cuestiones previas

1. La compleja tarea de definir

La Organización de las Naciones Unidas (ONU) estima que existen unas cinco mil comunidades indígenas¹⁹ con un total aproximado de 370 millones de personas, un 5% de la población mundial, repartidos en 90 países de los cinco continentes.²⁰ Estos grupos poseen unas características peculiares cuyo respeto ha sido objeto de atención jurídica en tiempos recientes en el plano del derecho internacional contemporáneo.²¹ El *modus vivendi* de la mayoría de las comunidades y el *ubi* en que habitan, hacía (y hace) que su situación sea de vulnerabilidad, realidad que afecta a sus vidas y a sus derechos como individuos y como colectividad a la que pertenecen.

Tratar de comprender la realidad de los pueblos y comunidades indígenas en el mundo es una tarea complicada por razones diversas y complejas, tanto por lo que se refiere a las distintas características de cada una, como a la confusa utilización (y significado incluso) de términos tales como pueblos, tribus o comunidades. A ello se suma la falta de una definición universalmente aceptada de quién o qué significa ser indígena. Valga como ejemplo resaltar el caso del continente africano donde este problema resulta aún más complicado. Como sostiene Barume, el término indígena es malinterpretado-

¹⁹ Se dejan fuera de este estudio, las comunidades que habitan en Asia o Australia, al no existir jurisprudencia de carácter regional en tales áreas referida al tema objeto de este trabajo.

²⁰ Datos tomados de Naciones Unidas. State of the world 's indigenous peoples. Economic and Social Affairs. Doc ST/ESA/328, 2009. Asimismo, de la página web de la Conferencia Mundial sobre los Pueblos Indígenas.

²¹ Señala Anaya que el derecho internacional, aunque fuera en su momento un instrumento del colonialismo, se ha desarrollado y continúa su desarrollo, aunque a regañadientes o imperfectamente, para apoyar las demandas de los pueblos indígenas: («international law, although once an instrument of colonialism, has developed and continues to develop, however grudgingly or imperfectly, to support Indigenous peoples demands») en Anaya, J. (1996). *Indigenous Peoples in International Law*. Oxford University Press, p. 4. Tomado de Morkenstam, U. (2005). «Indigenous peoples and the right to self-determination: the case of the Swedish Sami people». *The Canadian Journal of Native Studies* XXV, 2, pp. 433-461.

do por varias razones, entre ellas la de creer que «la mayoría de los africanos son indígenas en el continente».²² El autor señala los diferentes significados del término, el que tuvo hasta el Convenio 107 de la OIT o los más actuales que se desarrollan tras el de Martínez Cobo que después comentaremos,²³ y sostiene que el significado mismo de indígena difiere del de América, Nueva Zelanda o Australia; destacando esa realidad africana única y particular cuya comprensión, consideramos, debe tratarse escrupulosamente, sin que la influencia de un punto de vista o cultura occidental perturbe su esencia.

Refiriéndose a la tarea de definir poblaciones indígenas, señala Stavenhagen que es «una de las mayores dificultades a las que se enfrentan los autores y otros estudios. A través de la lectura de los diferentes instrumentos internacionales, se advierte que no existe una definición que englobe a todas las poblaciones que pudieran responder a este concepto».²⁴

La dificultad fue igualmente puesta de manifiesto en la Conferencia sobre Discriminación de las Comunidades Indígenas de 1977 en la cual, el Relator especial de NNUU subrayó la falta de unanimidad a nivel nacional para proporcionar un concepto, basándose en que cada país lo efectúa desde su propio punto de vista, su historia o sus tradiciones, con lo que los criterios varían incluso entre los sociólogos, los abogados o las administraciones.²⁵ El derecho demanda una determinación de las categorías jurídicas y ésta a la que nos venimos refiriendo está llena de complejidades por la gran heterogeneidad de estas colectividades. Sin embargo, a pesar de esa advertencia de Stavenhagen, hemos de traer las ofrecidas por diferentes autores. Para este autor son:

²² Barume, A. K. (2014). *Land and Indigenous Peoples in Africa*. IWGIA, pp. 24-54.

²³ Martínez Cobo fue relator especial de la Subcomisión de Prevención de Discriminaciones y Protección a las Minorías. Sobre su trabajo, véase E/CN.4/Sub. 2/1986/7/Add.4, Estudio del problema de la discriminación contra las poblaciones indígenas. Volumen V. Conclusiones, Propuestas y Recomendaciones.

²⁴ Stavenhagen, R. (1988). *Derecho indígena y Derechos Humanos en América Latina*. El Colegio de México, p. 135. Sobre esta cuestión, véase también Papadópulo, M. (1995). *El nuevo enfoque internacional en materia de derechos de los pueblos indígenas*. Instituto de Investigaciones Económicas y Sociales. Stavenhagen fue relator especial sobre la situación de los Derechos Humanos y las libertades fundamentales de los indígenas.

²⁵ Naciones Unidas. Departamento de Asuntos Económicos y Sociales. Doc. (E/CN.4/Sub.2/L.566), International NGO Conference on Discrimination against Indigenous Populations. 1977. «Preliminary report on the Study of the Problem of Discrimination Against Indigenous Populations», p. 4n; y Doc. E/CN.4/Sub.2/L.566, Anexo, p. l.

Los habitantes originarios de un territorio que por circunstancias históricas (normalmente conquista o colonización por otro pueblo) han perdido su soberanía y han quedado subordinados a una más amplia sociedad y estado sobre el que no ejercen control alguno.²⁶

Cada país, región o continente, según su idea, adopta su propio concepto acorde con su realidad y ha habido intentos que, por una u otra razón, normalmente más política que jurídica o incluso antropológica, se han encontrado con obstáculos para su aceptación universal como la de Martínez Cobo, que afirma que los pueblos indígenas son:

Son comunidades, pueblos y naciones indígenas los que, teniendo una continuidad histórica con las sociedades anteriores a la invasión y precoloniales que se desarrollaron en sus territorios, se consideran distintos de otros sectores de las sociedades que ahora prevalecen en esos territorios o en parte de ellos. Constituyen ahora sectores no dominantes de la sociedad y tienen la determinación de preservar, desarrollar y transmitir a futuras generaciones sus territorios ancestrales y su identidad étnica como base de su existencia continuada como pueblos, de acuerdo con sus propios patrones culturales, sus instituciones sociales y sistemas legales. Esa continuidad histórica puede consistir en la continuación, durante un período prolongado que llegue hasta el presente, de uno o más de los siguientes factores: a) ocupación de las tierras ancestrales o al menos de parte de ellas; b) ascendencia común con los ocupantes originales de esas tierras; c) cultura en general, o en ciertas manifestaciones específicas (tales como religión, vida bajo un sistema tribal, pertenencia a una comunidad indígena, trajes, medios de vida, estilo de vida, etc.); d) idioma (ya se utilice como lengua única, como lengua materna, como medio habitual de comunicación en el hogar o en la familia o como lengua principal, preferida, habitual, general o normal); e) residencia en ciertas partes del país o en ciertas regiones del mundo; f) otros factores pertinentes. Desde el punto de vista individual, se entiende por persona indígena toda persona que pertenece a esas poblaciones indígenas por auto identificación como indígena (conciencia de grupo) y es reconocida y aceptada por esas poblaciones como uno de sus miembros (aceptación por el grupo). Eso preserva para esas comunidades el derecho y el poder soberano de decidir quién pertenece a ellas, sin injerencia exterior.²⁷

²⁶ Falk, R. (1988) «The Rights of Peoples (in particular Indigenous Peoples) », en Crawford J. (1988). *The Rights of Peoples*. Clarendon Press.

²⁷ Véase E/CN.4/Sub. 2/1986/7/Add.4, Estudio del problema de la discriminación contra las poblaciones indígenas. Volumen V. Conclusiones, Propuestas y Recomendaciones. paras 379 a 372, pp. 30-31.

La relatora especial de la Subcomisión de Prevención de Discriminaciones y Protección a las Minorías, Erica Daes²⁸ había resaltado, respecto a la consideración del término «indígena», una serie de elementos a falta de una definición universal: la prioridad en el tiempo respecto al uso y ocupación de un territorio determinado, la voluntad de perpetuar su cultura (lo que incluye el idioma, la organización social, su religión y valores espirituales, sus formas de producción y sus leyes e instituciones) y la auto consideración como indígena, acompañada de esas condiciones.

Daes, sin hallar una definición precisa aplicable a todas las regiones del mundo, sugirió que la raíz semántica de la palabra o de los términos utilizados en Derecho Internacional comparten el elemento de «prioridad en el tiempo».²⁹ Sin embargo, en línea con lo antes expuesto, afirma que «no se puede abarcar en una definición única la diversidad de los pueblos indígenas de todo el mundo y además no es conveniente ni posible llegar a una definición universal». Griffiths apunta que la corriente actual pasa por la aceptación de que los pueblos indígenas constituyen una categoría auto-definida de pueblos de las Américas, África, Europa, Asia y el Pacífico que se definen a sí mismos como «indígenas» y como distintos de las sociedades nacionales dominantes locales.³⁰

La Política Operacional (PO) 4.10 del Banco Mundial determina que, para los fines de las operaciones del Banco, entre los Pueblos Indígenas se incluyen aquellos:

Grupos sociales vulnerables con una identidad social y cultural diferenciada que, en mayor o menor grado, presentan las siguientes características: su auto-identificación como miembros de un grupo cultural distinto, un apego colectivo al territorio ancestral y a los recursos

²⁸ Naciones Unidas. Consejo Económico y Social. Documento de trabajo de la Presidenta-Relatora, Sra. Erica-Irene A. Daes, sobre el concepto de «pueblos indígenas», E/CN.4/Sub.2/AC.4/1996/2) de 10 junio de 1996, p. 19.

²⁹ Fresa, L. (1997). Lucia «A new interpretation of the term “indigenous people”: what are the legal consequences of being recognized as “minorities” instead of as “indigenous people” for the indigenous people of the world?» en *Pubblicazioni Centro Studi per la Pace*.

³⁰ Griffiths, T. (2005). «Los Pueblos Indígenas y el Banco Mundial: experiencias de participación». *Forest Peoples Programme*, p. 5. Pone énfasis Magga (fundador del Consejo Mundial de los Pueblos Indígenas y primer presidente del Parlamento Sami noruego) en señalar que «indígenas» se debe mencionar en plural y no en singular, precisamente para resaltar que son diferentes entre cada uno de ellos. Véase Magga, O. H. (1995). «Rights for Indigenous Peoples». Documento presentado en la Conferencia sobre Propiedad Comunal.

naturales de esas áreas, presencia de instituciones sociales y políticas consuetudinarias, una lengua indígena, frecuentemente distinta de la lengua oficial del país.³¹

Parece ilustrativo el título de la obra del antropólogo Bowen, que se pregunta si «Should We Have a Universal Concept of Indigenous Peoples' Rights?»³² pues lleva implícita la problemática de esa búsqueda de un concepto universal. Nos parece interesante la apreciación que realiza al argumentar sobre lo que en realidad es el sentido etimológico de la palabra (prioridad en el tiempo) y que, para la doctrina (y para delegados en foros internacionales), tal concepto de «pueblos indígenas» debería limitarse a América y Australia. Nos encontramos en un terreno complejo cuya dificultad conceptual parece ser salvada por una definición descriptiva. Ello parece que implica alejarse del sentido etimológico del término (quizás debiera haberse encontrado otro vocablo) dado que, ciertamente, una vez acabada la descolonización en ciertas partes de la comunidad internacional, pueden seguir siendo considerados como indígenas quienes no responden a la definición que permitió la elaboración y aplicación de normas para colectivos especiales. Junto a lo anterior, tampoco puede esconderse el hecho de que hay quienes se ven calificados como tales en contra de su propia auto consideración, lo que ha conducido a menosprecios entre personas de igual origen, pero que se nos antoja fundamental a fin de entender los derechos de los cuales son sujetos.

Precisamente porque se refiere a los textos internacional, ninguno de los dos convenios de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) en los que luego nos detendremos (número 107, de 1959,³³ y n.º 169 de 1989)³⁴ proporcionan concepto alguno, sino que se refieren a las personas a quienes van dirigidos. Los artículos que abren ambos convenios establecen el ámbito de aplicación de sus disposiciones. Según el convenio OIT n.º 169, sus normas se aplicarían a aquellos pueblos en países independientes que sean considerados indígenas por el hecho de descender de poblaciones que

³¹ Banco Mundial. Política Operacional 10 del Banco Mundial Sobre Pueblos Indígenas. Julio 2005. Puede consultarse en <http://siteresources.worldbank.org/OPSMANUAL/Resources/2103841170795590012/BP4.10.July1.2005.Spanish.pdf>

³² Bowen, J.R. (2000). «Should we have a universal concept of "Indigenous people's Rights?"». *Anthropology Today* Vol. 16, n.º 4, Agosto 2000. Esa ausencia es señalada en varios documentos. Valga señalar por todos, Los Pueblos Indígenas y el sistema de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, Oficina del Alto Comisionado. Naciones Unidas, Nueva York y Ginebra, 2013. p. 2.

³³ OIT. «Convenio 107. Convenio sobre poblaciones indígenas y tribuales.» (1957).

³⁴ ILO. «Indigenous and Tribal Peoples Convention, n.º 169». (1991).

habitaban en el país o en una región geográfica a la que pertenecía este en la época de la conquista, de la colonización o del establecimiento de las actuales fronteras estatales, y que, cualquiera que sea su situación jurídica, conservan todas sus propias instituciones sociales, económicas, culturales y políticas, o parte de ellas. La conciencia de la identidad puede, según el apartado 2, considerarse un criterio fundamental para determinar los grupos a los que se aplican las disposiciones del convenio.

Tampoco la *Declaración de Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas de 2007* (DNUDPI) proporciona una definición, sino que adopta una posición constructivista, dejando a la práctica la elaboración gradual de los requisitos y criterios indicativos, como apunta Kingsbury.³⁵ La DNUDPI no incluyó definición alguna precisamente por voluntad de estos pueblos que se mostraron firmes en contra de una inclusión de este tipo, tanto por razones de principio como estratégicas.³⁶

Ahora bien, el autor señala tres principios que ya son mencionados en el convenio sobre Pueblos Indígenas y Tribales de 1989 (n.º 169) y que pueden ser reflejo de la costumbre internacional: la autoidentificación como grupo, el hecho de que el no reconocimiento por el estado no altera la aplicación del derecho internacional y que las materias o cuestiones de pertenencia al grupo son determinadas por éste.³⁷

En cualquier caso, y pese a la dificultad señalada, hoy podemos hablar de la existencia de un Derecho de los pueblos y comunidades indígenas, que, en su evolución, ha abandonado el integracionismo-asimilación para abrazar la peculiaridad propia de estas comunidades y que, a la vez, ha ido poniendo de relieve la necesidad de un perfilamiento más claro de sus sujetos, la diferenciación entre minorías e indígenas o de comunidades indígenas y tribales, etc. Además, la juridificación de los derechos de estos pueblos ha

³⁵ Kingsbury, B. (1998). «Indigenous People in International Law», *The American Journal of International Law*, vol. 92, n.º 3, pp. 414-457.

³⁶ International Law Association (2010). «Rights of Indigenous Peoples». The Hague Conference, p. 6.

³⁷ Respecto del valor vinculante de la *Declaración* de 2007, ciertamente no la posee per se al ser Resolución de la Asamblea General de Naciones Unidas, sin embargo, no faltan quienes opinan que en parte codifica derecho consuetudinario aplicable a las Comunidades, véase Koivurova, T. (2011). «Jurisprudence of the European Court of Human Rights Regarding Indigenous Peoples: Retrospect and Prospects» in *International Journal on Minority and Group Rights*, (18)». pp. 1-37.

cimentado, como sustenta Kingsbury³⁸ la proposición de que los pueblos indígenas son sujetos (*in a distinctive way*) del Derecho Internacional,³⁹ a la vez que han tocado sensiblemente la doctrina clásica que sustenta que sólo los individuos son sujetos de los Derechos Humanos y ciertamente bajo un enfoque liberal e individualista, como señala Stavenhagen,⁴⁰ se rechaza la noción de derechos colectivos. Este debate sigue generando defensores y detractores. Una mirada a la jurisprudencia de los Tribunales Regionales de protección de los Derechos Humanos nos conduce a afirmar que ciertos derechos (considerados tradicionalmente del individuo) pueden tratarse como de titularidad colectiva.

Antes de adentrarnos en el estudio de los dictados de juzgados y tribunales, especialmente regionales, nos parece necesario ofrecer un panorama de los pueblos indígenas en las zonas geográficas objeto de esta obra, tras lo que pasaremos al estudio de la creación del marco institucional (y legal) que ha propiciado la aparición de los textos que han ido reconociendo los derechos de los pueblos y comunidades indígenas.

2. Breve panorama de los pueblos y comunidades indígenas

2.1. Los pueblos y comunidades indígenas en Europa

Un elemento importante que hemos de tener presente junto a la historia, es el de que los Samis habitan en cuatro Estados: Noruega, Suecia, Finlandia y la Federación Rusa,⁴¹ lo que hace que existan particularidades en cuanto a sistemas jurídicos se refiere y con diferente actitud ante el Derecho Internacional, lo que sin duda ha repercutido en los tratamientos dados, ya que, en general su situación y los derechos reconocidos varían, lo que pone de

³⁸ Kingsbury, 1998, p. 2.

³⁹ Esta particularidad es en cierta forma puesta de manifiesto por Stavenhagen cuando habla del surgimiento de la temática de los derechos étnicos de los pueblos indígenas como una instancia especial de los Derechos Humanos, en Stavenhagen, R. (1992). «Los derechos indígenas: algunos problemas conceptuales», *Revista IIDH*, vol. 15 pp. 123-143.

⁴⁰ Stavenhagen, 1992, p. 133.

⁴¹ En el asunto Ivan Kitok se hace referencia a esta cuestión cuando por el demandante se alega que «La población mundial de Samis suma unas 65.000 personas, de las cuales 40000 viven en Noruega, 20.000 en Suecia, entre 4000 y 5000 en Finlandia y el resto en la Unión Soviética». CCPR/C/OP/3. *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*. Selección de Decisiones del Comité de Derechos Humanos adoptadas con arreglo al Protocolo Facultativo. Volumen 3, 33º a 39º períodos de sesiones (julio de 1998-julio 1990), p. 119.

relieve Naciones Unidas a través del *Regional Information Centre for Western Europe* (UNRIC).

Por lo que se refiere a los ordenamientos internos, las constituciones de los cuatro Estados reconocen el «hecho indígena»; sin embargo, la situación de los Samis en Noruega (e incluso Finlandia) dista de la de Suecia o la Federación Rusa, a pesar de los enormes esfuerzos de organismos como el Sami Council, el Parlamento Sami del Norte de Europa o de los Parlamentos Sami de Noruega, Finlandia o Suecia.

En cuanto a número, se estima que residen un máximo de 65.000 en Noruega, de 40.000 en Suecia, de 8.000 en Finlandia y de 2.000 en Rusia, por lo que el número, comparado con el resto de los escenarios, es muy pequeño. Los procesos colonizadores europeos no sólo se llevaron a cabo fuera de este subcontinente, sino dentro del mismo, conduciendo todos al mismo resultado: la desposesión de las tierras de comunidades que las habitaban, lo que afectó gravemente a su *modus vivendi*. Ello fue consecuencia de las políticas de las diferentes épocas, en las que se manifiesta una pérdida progresiva de las creencias religiosas propias, lo que se pone de relieve cuando se indaga en la forma en que los pueblos y comunidades indígenas europeas han presentado sus reclamos sobre sus tierras ante diversas instancias.

Nos parece imprescindible indagar en esta historia, que nos revela (especialmente en Suecia) una fuerte presión contra la cultura Sami, sus costumbres, su lengua y sus creencias, que condujeron a una división entre no Samis y Samis (y entre estos).

Siguiendo a Kvist, por lo que respecta a Suecia,⁴² los problemas de estos pueblos se remontan al siglo XVI (coincide temporalmente con lo sucedido en América). Gustav Vasa, en su lucha contra las coronas danesa y rusa, comenzó una ambiciosa política expansionista que supuso, no sólo poner los territorios ancestrales de los indígenas europeos bajo su dominio exigiéndoles el pago de impuestos,⁴³ sino que, además, favoreció una suerte de cruzada religiosa que su sucesor Karl continuó: el arma religiosa contribuía

⁴² Kvist, R. (1994). «The Racist Legacy in Modern Swedish Saami Policy». en *Modern Swedish Saami Policy*, pp. 204-220. En el autor nos basamos en el artículo del que hemos extraído algunos párrafos: Iglesias Vázquez, M.A. (2020) «Lights and shadows in the jurisprudence: invoking the spiritual dimension of the land of the Indigenous Peoples». *Cultura, Hombre y Sociedad*, vol.30 no.1, pp. 186-203.

⁴³ «Maintaining that Swedish taxation rights implied full territorial sovereignty» dice Kvist (1994, p. 295).

a fortalecer sus ambiciones territoriales «construyendo iglesias y nombrando al clero». ¡⁴⁴ Si bien parecía que después de la muerte de Karl IX esta política tan agresiva finalizaría o se calmaría, se encontraron riquezas naturales de gran valor en el área de Laponia, con lo que se replanteó la colonización de ésta por parte de agricultores suecos y fineses. En este sentido, se forjó un corpus religioso que (a pesar de que hubo algún caso en que se apoyó el mantenimiento de las creencias Samis) persiguió a los Samis mientras se implantaba el cristianismo ortodoxo a lo largo del siglo XVII: «government enforced religious orthodoxy among the Swedish peasantry; between 1668 and 1676 about 300 persons, mostly women, were executed for witchcraft».⁴⁵

En la misma línea se manifiesta Joy:⁴⁶ la política colonial sueca buscaba imponer el cristianismo a los Samis. La situación de estos empeoró en el siglo XIX: la consideración de raza inferior y la descripción de los Sami como borrachos, aniñados y otros calificativos peyorativos, eran el sentimiento general entre la sociedad de la época, lo que llevó a mantener una política paternalista hacia ellos. El establecimiento en sus tierras de no Samis forzó a que progresivamente su idioma y su religión quedaran relegados paulatinamente.

Se produjo una división entre clases de Samis según la dedicación laboral (pastoreo de renos o no) y con ello se produjo una grave pérdida de identidad. El lector podrá imaginar fácilmente que las leyes (y decisiones de tribunales) de la época plasmaban este panorama paralelamente, así como, después, su posición ante el Derecho Internacional. Las primeras resoluciones judiciales les negaron cualquier derecho a heredar la tierra (no gozaban de título de propiedad alguno, sí algo similar al usufructo): según Kvist con las *Reindeer Acts* de 1886 y 1898 perdieron definitivamente la propiedad.

En el siglo XX la política escandinava, llevada a cabo en Noruega y Suecia principalmente, continuó la línea anterior de actuación. Noruega comenzó una política que tendía a una asimilación o una «norueguización», (en

⁴⁴ Kvist, 1994, p. 205.

⁴⁵ Kvist, 1994, p. 207.

⁴⁶ «Were a number of priests who figured prominently as informants for the church, and who were predominantly responsible for the religious change amongst the Sami» dice Francis, J. (2011). «The history of Lapland and the case of the Sami Noaidi drum figures reversed». *Folklore*, vol. 47.

términos de Díaz de Rada)⁴⁷ de los Samis, que servía también, para marcar la diferencia de este país con el resto de naciones, como Finlandia, Suecia y Dinamarca. A partir de los años setenta, los Samis comenzaron los primeros e importantes movimientos en Noruega tendentes a conseguir su reconocimiento legal, a la vez que, en Suecia, el *Taxed Mountain Case* de 1981 sentó la doctrina de los derechos de usufructo garantizados a los Samis, pero no de propiedad sobre la tierra, que pertenecía a la Corona.

En el momento actual, los movimientos de las organizaciones de los Samis en favor del reconocimiento de sus derechos cristalizaron, en Noruega, con la *ley Sami* (*Sámi Lov*) de 1987 (modificada posteriormente) que reconoce a este pueblo como indígena y que previó la creación del Sámediggi o Parlamento Sami. De esta forma, pueden tener voz en la toma de decisiones que les puedan afectar, como las relativas a los recursos naturales de las tierras que habitan, a su uso y protección (sin que se reconozca su propiedad, reiteramos) y la salvaguarda de su cultura (de su lengua o educación, por mencionar algunos). Esta norma, viene a complementar la *Kulturminneloven* y a materializar un mandato constitucional ya que la *Grunnloven* o *Constitución* noruega sirve de base. Este país ha apostado por comprometerse internacionalmente con el «Convenio 169» de la OIT y votando a favor de la *Declaración* de 2007.

Algo similar ocurre en Finlandia. La *Perustuslaki*, la *Constitución* de Finlandia, reconoce al pueblo Sami como indígena, protegiendo sus derechos culturales, sociales y lingüísticos, reforzados por la ley del patrimonio cultural, la *Sámi Kulttuuriomaisuuslaki*. El Parlamento Sami, Sámediggi, establecido por ley de 1995, permite la representación y participación en la toma de decisiones de aquel, aunque, aquí, como en el caso de Suecia o Noruega, tampoco tienen reconocida la propiedad de sus tierras, sino el uso. La *Poronhoitolaki*, ley sobre el pastoreo de renos, regula los derechos de pastoreo y el uso de la tierra para la cría de renos.

Por lo que se refiere a la Federación Rusa, la *Constitución* (artículo 67º) garantiza los derechos de los «pueblos indígenas minoritarios», entendiendo por tales los que no superan los 50.000 miembros, según la Ley Federal de 1999. Esta norma les reconoce cierto derecho a la consulta y la participación en casos específicos, pero no existe el principio de «consentimiento libre,

⁴⁷ Díaz de Rada, A. (2008) «¿Dónde está la frontera? Prejuicios de campo y problemas de escala en la estructuración étnica en Sápmi», *Revista de Dialectología y Tradiciones Populares*, Vol. LXIII (1): 187-235.

previo e informado» en la legislación. En 2020 se promulgó la Federal Law «*On Registration of Persons Belonging to Small-numbered Indigenous Peoples*», pero el proceso parece adolecer de un peso burocrático excesivo, de manera que tan sólo el 25% lograron inscribirse.⁴⁸ Según el mismo Informe, existen más de 160 pueblos de los cuales, 40 están reconocidos. Se apunta, también, a que en Crimea existen varios grupos étnicos que se autoidentifican como indígenas: los tártaros de Crimea, los krymchaks y los karaim.

Los ingresos de exportación de Rusia proceden en gran medida de la venta de combustibles fósiles y otros minerales, a menudo extraídos de territorios tradicionalmente habitados o utilizados por los pueblos indígenas. Con el control de la caza y la pesca, se confiscaron tierras para su uso en infraestructuras y desarrollos industriales. En todo el ártico ruso se obligó a los criadores de renos a unirse a los *koljoses* (granjas colectivas). En muchos casos, los renos fueron expropiados. La Corte Suprema, incluso la Constitucional, se han pronunciado en favor de los derechos de pesca de estas comunidades, aunque las autoridades no cumplieron con lo estatuido.⁴⁹ Y junto a esto, el conflicto con Ucrania ha repercutido negativamente en estos grupos cuyos miembros se han visto obligados a participar militarmente, según el Informe de 2023.⁵⁰

Rusia no ha ratificado el «Convenio 169» de la OIT ni se ha adherido a la *Declaración de la ONU sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas* (se abstuvo), pero es parte en los *Pactos* de 1966 y de otras convenciones como las relativas a la discriminación racial y contra la mujer. Además, parte en la Convención sobre la Protección de las Minorías Nacionales (CPMN) del Consejo de Europa. Noruega lo hizo el 19 de junio de 1990. Finlandia y Suecia no han procedido a su ratificación.⁵¹

Así, de los cuatro Estados, sólo Noruega y Dinamarca son parte del «Convenio 169». Por lo que se refiere a la *Declaración* de 2007, votaron a favor Suecia, Finlandia, Noruega, y Dinamarca, absteniéndose la Federación Rusa.

⁴⁸ IWGIA, Informe 2023, p. 506.

⁴⁹ «El Ministerio de la Región de Múrmansk impugna la decisión del Tribunal Constitucional de Rusia». Rusia Indígena (indigenous-russia.com) online en *Indigenous Russia*, 20 enero 2021.

⁵⁰ IWGIA 2023, p. 502.

⁵¹ Cf. International Labour Organization (1991). *Indigenous and Tribal Peoples Convention*, 1989 (No. 169).

Cuadro 1. Pueblos y comunidades indígenas en Europa. Normas más relevantes y estado de aceptación

ESTADOS	PUEBLO INDÍGENA MÁS CARACTERÍSTICO	CONVENIO 169 OIT	DECLARACIÓN DE NNUU DE 2007
FEDERACIÓN RUSA	SAMI	NO	ABSTENCIÓN
FINLANDIA	SAMI	NO	VOTO A FAVOR
SUECIA	SAMI	NO	VOTO A FAVOR
NORUEGA	SAMI	SI	VOTO A FAVOR
DINAMARCA-GROEN- LANDIA	INUIITS	SI	VOTO A FAVOR

2.2. Los pueblos y comunidades indígenas en América

En América queda bien reflejado el distinto sistema de la ocupación de tierras de los pueblos y comunidades indígenas llevado a cabo por británicos, holandeses o españoles. Los primeros utilizaron un método que haría que las comunidades indígenas perdieran sus territorios de forma definitiva, con la firma de tratados que dieron lugar a una temprana jurisprudencia a la que haremos referencia después. Los acuerdos eran firmados por quienes no representaban a la totalidad del pueblo que fuere y, además, sin pleno conocimiento de lo que significaba. Esto sucedió en Canadá y los Estados Unidos, donde la población indígena, en cuanto a número, hoy día, es mínima. La colonización persistió una vez alcanzada la independencia y, al igual que otros pueblos en otras zonas del mundo, sufren discriminación, analfabetismo, no reconocimiento de sus tierras y, en definitiva, de su cultura.

Hemos hecho mención, antes, a que en Canadá se llevó a cabo una investigación (Comisión de la Verdad) que llegó a la conclusión de la comisión de genocidio contra mujeres y niñas, hecho público en 2019. Estos hechos incluyen actos posteriores a la independencia del país hasta épocas muy recientes. Los tratados firmados por los pueblos canadienses abocaron a una pérdida irremediable de la propiedad de sus tierras, afectando seriamente a su cultura. Un iroqués intentó, como luego veremos, que la Sociedad de Naciones remediara sus problemas.

Los pueblos indígenas de Canadá son las Primeras Naciones, los métis y los Inuits. Como se refleja en el cuadro confeccionado al efecto, Canadá fue uno de los cuatro Estados que votaron en contra de la DNUDPI. En 2010, el Gobierno anunció su respaldo a la DNUDPI y, en 2016, Canadá reafirmó

su apoyo «sin reservas». Pero este país no ha ratificado el «Convenio 169» de la OIT.

En Estados Unidos, según el Informe del IGWIA de 2023, el número de indígenas oscila entre 3,1 y 8,7 millones. Un 20% de estos, viven en zonas indígenas norteamericanas o en Alaska. Estados Unidos no aprobó la *Declaración*, ni es parte en el «Convenio 169».⁵²

Por lo que a este país respecta, recordemos que, igualmente, fue el sistema de tratados lo que apartó a los indígenas de sus tierras. Perdieron territorios ricos en recursos naturales, pero se han hallado otros en sus tierras actuales que se pretenden aprovechar para usos que pueden afectar seriamente el medio ambiente, como el caso Dakota.⁵³ Viven en áreas, denominadas comúnmente reservas, y el número de tribus es muy elevado (no en cuanto a número de cada una). Hay que tener en cuenta que, en Alaska viven los Inuits, y que se trata de una zona separada del resto del país, por Canadá.

Las tribus se hallan repartidas por todo el país, prácticamente, si bien, a pesar de la dificultad que entraña establecer un listado, mencionaremos a los Cherokee, Yup'ik, Tlingit Navajos, muscogui, yuchi, sioux, nación algonquina, nación caddoana, naciones lutuamiana, salishana, sahaptiana, y waiilatpuana, shoshones, paiutes, hokanos, penutíes, ritwano, uto-aztecas y yuki. Todos ellos cuentan con diferentes subtribus.⁵⁴

Según datos de Naciones Unidas «la falta de empleo, el acceso a agua potable, el aislamiento físico y social, la vivienda de calidad inferior, los ataques a su identidad cultural y altas tasas de delito y encarcelamiento»⁵⁵ son los problemas más graves que les afectan. El IWGIA señala que «el índice de pobreza para quienes se identifican como indios americanos o nativos de Alaska ronda aproximadamente el 27%».⁵⁶

Dada la vasta extensión del país y la diferente orografía, no puede, sino de forma muy general, concretar a qué se dedican especialmente, agricultu-

⁵² IWGIA, 2021, p. 529.

⁵³ Véase, <https://ejatlas.org/conflict/black-hills-land-theft/?translate=es>.

⁵⁴ Datos de. <https://www.worldhistory.org/trans/es/1-22171/pueblos-nativos-de-norteamerica/>.

⁵⁵ NNUU. Los Pueblos Indígenas de Norteamérica. Foro Permanente de las Naciones Unidas sobre Cuestiones Indígenas.

⁵⁶ IWGIA, 2021.

ra, pesca o ganadería. Además, no puede obviarse que el hecho de estar su vida circunscrita a una reserva limitada en el espacio, a menudo los derechos de caza, pesca y recolección fuera de estas generan conflicto entre estados y tribus, ya que con frecuencia aquellos no aceptan que los tratados, que es derecho federal, puedan otorgar a las tribus poderes soberanos sobre el territorio del estado, tal y como señala el IWGIA.⁵⁷

Estados Unidos votó en contra y no ha ratificado el «Convenio 169». Por lo que respecta a la América Latina, siguiendo datos del Banco Mundial,⁵⁸ habitan alrededor de 42 millones de indígenas, 45 millones según la Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL) integrándose en más de 800 pueblos.⁵⁹ La variedad de lenguas, etnias, espacios en que habitan, etc., hacen de esta parte del continente, tanto un rico escenario de variedad cultural, como de cuestiones y problemas planteados. Además, determinados conflictos armados han repercutido directa y negativamente en ellos.

A pesar de las dificultades que siguen padeciendo los pueblos y comunidades indígenas de la América iberoamericana,⁶⁰ nos parece que, en esta área se ha desarrollado el derecho de estos grupos de forma más significativa y positiva, merced a la labor de la Comisión y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, especialmente. No resulta extraño que la Comisión africana, especialmente, pero también la Corte africana de Derechos Humanos y de los Pueblos tomaran la jurisprudencia de la Corte IDH como referencia, entablando un productivo diálogo judicial. Como se desprende del cuadro que sigue a estas líneas, la mayoría de los Estados votó a favor de la *Declaración* de 2007 y son parte en el «Convenio 169» de la OIT. Además,

⁵⁷ *Id.*

⁵⁸ Estos datos, al igual que los ofrecidos en el Informe IGWIA 2023, son de 2010. Según la Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL), «existen más de 800 pueblos indígenas, unos 45 millones, que se caracterizan por su amplia diversidad demográfica, social, territorial y política, desde pueblos en aislamiento voluntario hasta su presencia en grandes asentamientos urbanos».

⁵⁹ Comisión Económica para América Latina CEPAL. Los pueblos indígenas en América Latina. Avances en el último decenio y retos pendientes para la garantía de sus derechos. 2014. https://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/37050/4/S1420783_es.pdf.

⁶⁰ La afectación de los pueblos de la Amazonía es uno de los más graves y que llevó a considerar a la ONG *All Rise*, la posibilidad de su calificación como crimen de lesa humanidad (y genocidio) y, en consecuencia, a enviar a la Fiscalía de la Corte Penal Internacional, una Comunicación.

la mayoría también de las constituciones reconocen el hecho y la realidad indígena.

De los datos proporcionados por la OIT⁶¹ resalta el bajo número de personas que se consideran indígenas, lo que está relacionado con el concepto mismo, especialmente en Brasil y Colombia. Similar dato se da en Chile y Ecuador (aproximadamente una de cada diez personas se autodenominan indígenas). En Panamá, una de cada siete personas; en Bolivia y Perú una de cada cuatro; y en Guatemala, una de cada tres.⁶²

Por otra parte, el desplazamiento del indígena a la ciudad está en aumento y, si bien *per se* esto no significa que abandonen su condición de indígena, sí que pueden darse situaciones en las que, con mayor probabilidad, lo hagan, debido a la discriminación que padecen.⁶³ Como ya apuntábamos en otro trabajo, podemos encontrar casos dictados por la Corte Constitucional de Colombia que así lo corroboran y, además, citando a Carrizo y Stephens, afirmamos que los jóvenes indígenas, víctimas del racismo en las ciudades, dejan de reconocerse como tales, pues consideran que eso se debe a su origen y a su apariencia particular.⁶⁴ No es de extrañar que en 2021 Francisco Calí, relator especial de los derechos de los pueblos indígenas quisiera dedicar su reporte anual a la Asamblea General de Naciones Unidas, titulado: «Situación de los pueblos indígenas que viven en zonas urbanas». En su Informe final Calí señaló que:

La migración a las zonas urbanas se produce, a menudo como consecuencia de la pobreza, cuando los pueblos indígenas se trasladan en busca de oportunidades educativas, laborales y económicas, de reunificación familiar y de acceso a la atención de la salud y los servicios sociales. Las actividades extractivas y los proyectos de desarrollo son los principales

⁶¹ Los tomamos como referencia al ser los más actualizados. Panorama laboral de los pueblos indígenas en América Latina. OIT. «La protección social como ruta hacia una recuperación inclusiva frente a la pandemia de COVID». (2022), p. 19.

⁶² *Id.*, p. 16.

⁶³ Sobre la cuestión, vid., Iglesias Vázquez, M.A. (2022) «Algunos apuntes sobre el desplazamiento del indígena a la ciudad y (algunas) consecuencias», en Camarero Suárez, M.V. (Cord.). (2022). *Pueblos indígenas: marco especial de protección y efectividad de sus derechos*, Editorial Arazandi, pp. 151-168. Los datos de la OIT señalan un 60% de presencia urbana de los pueblos indígenas. La brecha salarial es muy alta, del 67%, según el mismo Estudio de la OIT, 2022, p. 25.

⁶⁴ Gutiérrez Carrizo, A., Stephens, C. (2015). «South America», en Grant, P. (Ed.), *State of the World's Minorities*. Minority Rights, pp. 124-135.

factores impulsores que llevan a los pueblos indígenas a la urbanización. Los desastres naturales y ambientales, la inestabilidad política, la militarización y los conflictos armados son otras causas fundamentales.⁶⁵

En el siguiente cuadro se ofrece un panorama por países relativo a sus pueblos indígenas (sin ánimo exhaustivo) y a su posición respecto al «Convenio 169» de la OIT y la *Declaración* de Naciones Unidas de 2007.

Cuadro 2. Pueblos y comunidades indígenas en América (elenco no exhaustivo).
Normas más relevantes y estado de aceptación

	PUEBLOS Y COMUNIDADES INDÍGENAS (ALGUNOS)	CONVENIO 169 OIT	DECLARACIÓN DE NNUU DE 2007⁶⁶
CANADÁ	PRIMERAS NACIONES, METIS, INUITS	NO	EN CONTRA (POSTERIORMENTE SE ADHIRIÓ)
ESTADOS UNIDOS	CHEROKEE, YUP'IK, TLINGIT NAVAJOS, MUSCOGUI, YUCHI, SIOUX, NACIÓN ALGONQUINA, NACIÓN CADDOANA, NACIONES LUTUAMIANA, SALISHANA, SAHAPTIANA, Y WAILATPUANA, SHOSHONES, PAIUTES, HOKANOS, PENUTÍES, RITWANO, UTO-AZTECAS Y YUKI	NO	EN CONTRA
MÉXICO	CHONTALES, HUASTECOS, TARAHUMARAS, MEXICAS, MIXTECOS, ZAPOTECOS, MAYAS, YAQUIS, HUICHOLAS. ⁶⁷	SI	A FAVOR

⁶⁵ Informe del relator especial sobre los derechos de los pueblos indígenas, José Francisco Calí Tzay, Asamblea General de Naciones Unidas (A/76/202), 21 de julio de 2021. p. 7.

⁶⁶ United Nations Declaration on the Rights of Indigenous Peoples: resolution adopted by the General Assembly. 2007.

⁶⁷ Mayor detalle se puede encontrar en el informe de Red Nacional de Información Cultural del Gobierno de México (https://sic.cultura.gob.mx/index.php?table=grupo_etnico) en el que se estiman unos 71 pueblos indígenas o en Zolla, C. y Zolla Márquez, E. (2004). *Los pueblos indígenas de México, 100 preguntas*. UNAM.

	PUEBLOS Y COMUNIDADES INDÍGENAS (ALGUNOS)	CONVENIO 169 OIT	DECLARACIÓN DE NNUU DE 2007
HONDURAS	LENCA, MAYA-CHORTI, GARÍFUNAS, TAWAHKAS, TOLUPANES, PECH, MISQUITOS, NÁHUATL, GARÍFUNAS Y CREOLES. ⁶⁸	SI	A FAVOR
PANAMÁ	NGĀBE, LOS BUGLÉ, LOS GUNA, LOS EMBERÁ, LOS WOUNAAN, LOS BRI BRI, Y LOS NASO TJĒRDI. ⁶⁹	NO	A FAVOR
GUATEMALA	MAYA, XINKA, GARÍFUNA Y LOS LADINOS. ⁷⁰	SI	A FAVOR
EL SALVADOR	NAHUAPIPIL, LENCA Y CACAOPERA. ⁷¹	NO	A FAVOR
NICARAGUA	CHOROTEGA (221.000), LOS CACAOPERA O MATAGALPA (97.500), LOS OCANXIU O SUTIABA (49.000) Y LOS NAHOA O NÁHUATL (20.000). ⁷²	SI	A FAVOR
COSTA RICA	HUETAR, MALEKU, BRIBRI, CABÉCAR, BRUNKA, NGĀBE, BRÖRAN, Y CHOROTEGA. ⁷³	SI	A FAVOR
VENEZUELA	WAYUU, WARAO, PEMÓN, KARIÑA, GUAJIBO, PIAROA, YANOMAMI, AÑU, PUMÉ Y YUKPA. ⁷⁴	SI	A FAVOR
COLOMBIA	ANDOQUE, AWA, CUAQUER, KOFÁN, GUAMBIANO, KAMENTSÁ, PÁEZ, TICUNA, TINIGUA, YAGGUA Y YARURO. ⁷⁵	SI	A FAVOR

⁶⁸ Datos extraídos de «Contribuciones del Estado Honduras sobre el derecho a la vivienda adecuada de los pueblos indígenas». PCM-003-2013 publicado en el *Diario Oficial La Gaceta*, n.º 33,073. 12 de marzo de 2013.

⁶⁹ Datos extraídos de Mamo, D. (2021). *Mundo indígena*. IGWIA, «Panamá».

⁷⁰ Datos extraídos del informe CDIHI (2015). «Situación de los Derechos Humanos en Guatemala». OEA/Ser.L/V/II. Doc. 43/15.

⁷¹ Datos extraídos de CTMPI (2003) Perfil de los pueblos indígenas en El Salvador. Ministerio de Educación del Salvador.

⁷² Datos extraídos de Mamo, 2021, «Nicaragua».

⁷³ Datos extraídos de Mamo, 2021, «Costa Rica».

⁷⁴ Datos de: www.fao.org/gender-landrights-database/country-profiles/listcountries/general-introduction/es/?country_iso3=VEN

⁷⁵ Datos extraídos del «Boletín Telemático ACNUR». Observatorio del Programa Presidencial de Derechos Humanos y DIH No.11 – Agosto de 2008.

	PUEBLOS Y COMUNIDADES INDÍGENAS (ALGUNOS)	CONVENIO 169 OIT	DECLARACIÓN DE NNUU DE 2007
BRASIL	TIKÚNA, GUARANÍ- KAÍOWÁ, KARARA, KANOÉ, AKUNTSÚ, AWA (305 GRUPOS ÉTNICOS). ⁷⁶	SI	A FAVOR
PERÚ	QUECHUAS, AIMARAS, ASHÁNINKAS, ASHÁNINKAS. ⁷⁷	SI	A FAVOR
BOLIVIA	QUECHUA, AYMARA, CHIKUITANO, GUARANÍ, MOXEÑO. ⁷⁸	SI	A FAVOR
PARAGUAY	GUARANÍ (ACHÉ, AVÁ GUARANÍ, MBYA, PAI TAVYTERA, GUARANÍ Ñandeva, GUARANÍ OCCIDENTAL), MASKOY (TOBA MASKOY, ENLHET NORTE, ENXET SUR, SANAPANÁ, ANGAITÉ, GUANÁ), MATACO MATAGUAYO (NIVACLÉ, MAKÁ, MANJUI), ZAMUCO (AYOREO, YVYTOSO, TOMÁRAHO) Y GUAICURÚ (QOM). ⁷⁹	SI	A FAVOR
URUGUAY	CHARRÚA, BOHANES, GUENOA, GUARANÍ. ⁸⁰	NO	A FAVOR
CHILE	AYMARAS, QUECHUAS, ATACAMEÑOS, COLLAS, DIAGUITAS, MAPUCHES, KAWASHQAR ALACALUFE, YÁMANA YÁGAN EN EL SUR, RAPA NUÍ. ⁸¹	SI	A FAVOR

⁷⁶ Datos extraídos de Mamo, 2021, «Brasil».

⁷⁷ Datos extraídos de Mamo, 2021, «Perú».

⁷⁸ Según datos del IWGIA, hay 36 pueblos reconocidos. Datos extraídos de <https://www.iwgia.org/es/bolivia/3736-mi-2020-bolivia.html>.

⁷⁹ Datos extraídos de <https://iwgia.org/es/paraguay/4795-el-mundo-ind%C3%ADgena-2022-paraguay.html>

⁸⁰ Datos extraídos de https://www.gub.uy/ministerio-ganaderia-agricultura-pesca/sites/ministerio-ganaderia-agricultura-pesca/files/documentos/publicaciones/1.%20Informe_PI_y_BN.pdf.

⁸¹ Datos de: http://transparencia.dgop.cl/OtrosAntecedentes/docs/Guia_asuntos_indigenas.pdf.

	PUEBLOS Y COMUNIDADES INDÍGENAS (ALGUNOS)	CONVENIO 169 OIT	DECLARACIÓN DE NNUU DE 2007
ARGENTINA	ATACAMA, AVA GUARANÍ, AYMARA, CHANÉ, CHARRÚA, CHOROTE, CHULUPI, COMECHINGÓN, DIAGUITA-CALCHAQUÍ, GUARANÍ, HUARPE, KOLLA, LULE, MAIMARÁ, MAPUCHE, MBYÁ GUARANÍ, MOCOVÍ, OMAGUACA, ONA, PAMPA, PILAGÁ, QUECHUA, RANKULCHE, SANAVIRÓN, TAPIETE, TEHUELCHÉ, TOBA (QOM), TONOCOTE, TUPÍ GUARANÍ, VILELA. ⁸²	SI	A FAVOR

2.3. Los pueblos y comunidades indígenas en África

«Cuando el hombre blanco llegó a África tenía la Biblia y nosotros la tierra. ¿Y ahora? Nosotros tenemos la Biblia y él la tierra».⁸³ Se estiman en 50 millones los pueblos indígenas en África.⁸⁴ Decimos se «estiman», ya que esta es una de las cuestiones pendientes de resolver. Como ya pusiera de manifiesto la relatora Tauli-Corpus, «la situación concreta de los pueblos indígenas a menudo sigue siendo invisible en las estadísticas nacionales. Así ocurre en muchos países en desarrollo, que frecuentemente tienen escasas capacidades institucionales para reunir datos. Complica más la situación el hecho de que en muchos de esos países, especialmente en África y Asia, la identificación y el reconocimiento oficiales de los pueblos indígenas siguen pendientes».⁸⁵ La mayoría de estos pueblos y comunidades se dedican al pastoreo, son nómadas o seminómadas y cazadores-recolectores. Los problemas a los que se enfrentan no difieren sustancialmente de los que pueden

⁸² Datos de: https://www.argentina.gob.ar/sites/default/files/pueblos_originarios_noa.pdf.

⁸³ Salih, Mohamed «Indigenous Peoples and the State», en Veber, H *et al.* (2005). *Never Drink from the Same Cup. Proceedings of the conference on indigenous peoples in Africa*. IWGIA, citado en NNUU, E/CN/.4/Sub.2/AC.5/2005/WP.3, 22 abril 2005.

⁸⁴ Indigenous Peoples in the African region. Twelfth Session of the UN Permanent Forum on Indigenous Issues. Discussion on Thursday, 23 May 2013.

⁸⁵ Cf. «Los derechos de los pueblos indígenas, incluidos sus derechos económicos, sociales y culturales en el marco para el desarrollo después de 2015». Doc.A/69/267, de 6 de agosto de 2014, p. 15.

padecer otros pueblos en otras zonas geográficas por lo que se refiere a la marginalización, la discriminación y al desplazamiento de sus tierras. El analfabetismo es elevado.

Algunos Estados, además, no reconocen el estatus de indígena, como se muestra en el cuadro que se inserta al final de este epígrafe. Si antes hemos hecho una referencia al problema conceptual de los pueblos y comunidades indígenas en general, nos centraremos, ahora en el continente africano, donde encontramos una problemática diferenciada de otras regiones por motivos no sólo de la diversidad del mismo, sino de los acontecimientos históricos, como el más profundo problema de la esclavitud y el hecho de que la gran mayoría de los Estados que componen África hayan alcanzado la independencia recientemente en unas difíciles circunstancias y dejando una huella que aún puede percibirse.

Aunque el fenómeno de la esclavitud puede hallarse en la época egipcia o romana, es un hecho que continuó y se acentuó incluso, después de la colonización europea. Particularmente, en África alcanzó unos tintes dramáticos. La Asamblea General de NNUU proclamó 2004 como «Año Internacional de conmemoración de la lucha contra la esclavitud y su abolición» haciéndolo coincidir con 1804 bicentenario de la primera república nacida de la lucha contra la esclavitud, Haití.⁸⁶

El comercio de personas, practicado desde 1440 por portugueses, se extendió a gran escala por las grandes compañías comerciales de Holanda, Francia e Inglaterra, en especial.⁸⁷ Desde entonces y durante siglos, África ha sufrido este fenómeno inhumano calificado como crímenes contra la humanidad en la Conferencia de Durban de 2001 contra el racismo, la discriminación racial, xenofobia y las formas conexas de intolerancia.⁸⁸ La colonización de territorios africanos sometió a los habitantes del continente, despojándolos de sus tierras y recursos durante casi cinco siglos provocando también graves divisiones entre la población autóctona, entre los que optaron por la asimilación y aquellos otros que permanecieron ajenos a la misma.

⁸⁶ Actas de la Conferencia General, 31a reunión, París, 15 de octubre-3 de noviembre de 2001, v. 1: Resoluciones - UNESCO Biblioteca Digital, p. 72.

⁸⁷ UNESCO. (2004). «Struggles against slavery International Year to Commemorate the Struggle against Slavery and its Abolition», p. 48.

⁸⁸ NNUU. Conferencia Mundial contra el Racismo, la Discriminación Racial, la Xenofobia y las Formas Conexas de Intolerancia *Declaración*, p. 7.

La *Declaración Universal de Derechos Humanos* aprobada en 1948 resultó lejana en su aplicación a un importante porcentaje de población del continente.

África ha sido un continente dividido entre potencias europeas y donde los fenómenos de la esclavitud, de la servidumbre, de la marginalización y opresión se han manifestado más intensamente. Como se acaba de señalar, hasta bien entrado el siglo XX una gran parte de Estados eran colonias de aquellas hasta que emergieron a la independencia política.

Especialmente la década de los sesenta y setenta vivió el auge a la independencia de muchos de ellos. La Conferencia de Berlín de 1885, promovida por los intereses de las grandes potencias coloniales o que se querían alzar como tales, vino a dividir África marcando diferentes áreas de influencia para tratar de mantener cierto equilibrio de poderes entre ellas. Participaron el Reino Unido, Alemania, Bélgica, Dinamarca, España, Estados Unidos, Francia, Italia, Países Bajos, Portugal, Rusia, Suecia, Noruega y el emperador de los otomanos. No hubo presencia de representantes africanos en ella. A excepción de Etiopía y Liberia, todo el continente fue ocupado. En el Preámbulo del Acta Final de la Conferencia, del 26 de febrero de 1885, podemos leer:

Deseando, en un espíritu de mutuo acuerdo, regular las condiciones más favorables para el desarrollo del comercio y la civilización en ciertas regiones de África, y para asegurar a todas las naciones las ventajas de la libre navegación de los dos principales ríos de África, que fluyen en el Océano Atlántico.

Consta de seis capítulos. El primero comienza con una «Declaración relativa a la libertad de comercio en la cuenca del Congo, sus bocas y regiones circundantes, con otras Disposiciones relacionadas con esta actividad» (artículos I a V), seguido de las «Disposiciones relativas a la protección de los nativos, de misioneros y los nómadas, así como en relación con la libertad religiosa» (artículo VI), de la regulación del régimen de correos (artículo VII) y del «Derecho de vigilancia reconocida a la comisión internacional de navegación del Congo» (artículo VIII). El segundo capítulo comienza con una «Declaración relativa al comercio de esclavos»; el tercero contiene una «Declaración relativa a la neutralidad de los territorios comprendidos en la cuenca del Congo»; el cuarto y quinto disponen unas leyes relativas a la navegación para el Congo y para el Níger respectivamente. Finalmente,

el sexto, viene constituido por una «Declaración relativa a las formalidades esenciales que habrán de llenarse para que se consideren efectivas las nuevas ocupaciones en las costas del continente africano», seguido de unas Disposiciones generales que constituyen el séptimo y último.⁸⁹

Varios factores influyeron notablemente en la expansión de los Estados europeos en el continente que subyugaron con sus políticas coloniales. La segunda revolución industrial condujo a un exceso de producción (y demográfico). Buscaron nuevos mercados a fin de poder colocar sus productos y África se mostraba como el perfecto escenario para sus intereses económicos. El control de la navegación de los ríos Congo y Níger eran vitales para el buen fin de aquel, de ahí las disposiciones del Acta Final de la Conferencia que crea una Comisión de Navegación por los ríos mencionados. El hallazgo de recursos naturales de enorme valor era una perfecta adición. La colonización provocó la división entre las sociedades originarias de cada uno de los territorios, tensiones que la descolonización no consiguió calmar. Salih añade al respecto que «La mayoría de los Estados africanos post-independentistas no fueron menos crueles con respecto a sus poblaciones indígenas que los colonialistas».⁹⁰

Las potencias colonizadoras tenían en común la profesión del cristianismo y las misiones religiosas católicas o protestantes fueron influyendo en las creencias propias del habitante originario. En este sentido, Nunn califica de «explosión de la actividad misionera» las habidas a finales del siglo XIX y principios del XX, vendidas como gran beneficio cultural de los europeos.⁹¹

Sin embargo, sostiene Ngulu que el cristianismo estuvo presente en África antes del colonialismo: la Biblia, que menciona como ilustración de usurpación de tierras, testimonia la figura de Jesucristo en Egipto.⁹² Cuestión

⁸⁹ Acta General de la Conferencia de Berlín (26 de febrero de 1885). En el artículo 6º del Acta Final de la Conferencia, las Grandes Potencias hicieron un compromiso de proteger a las poblaciones indígenas de África. «En este contexto jurídico, el término «indígena» se utilizó con el fin de distinguir a los nacionales de las Grandes Potencias de quienes se encontraban en África bajo el régimen de dominación colonial de éstas. Debía haber un elemento implícito de raza en el uso del término. Cuando el Imperio británico sometió a los colonos holandeses a Sudáfrica después de la Guerra de los Bóer, por ejemplo, nunca se concibió que el artículo 6º del Acta Final fuera aplicable a ellos».

⁹⁰ NNUU, E/CN/.4/Sub.2/AC.5/2005/WP.3, 22 abril 2005, p. 60.

⁹¹ Nunn, N. (2010). «Religion Conversion in Colonial Africa». *American Economic Review: Papers & Proceedings*, n.º 100, pp. 147-152.

⁹² Ngulú, J.M. (2016). «Is Christianity in Africa a fruit of colonialism? » *Human Dignity Journal*, n.º 2, p. 96.

distinta es la práctica, aunque no total desaparición, a raíz de la expansión del islam. El fenómeno de la asimilación de la cultura europea no pudo llegar, sin embargo, a muchos de los pueblos y comunidades indígenas que siguieron practicando aquellas.

Decimos «cultura» para remarcar las creencias, tradiciones, ritos espirituales que encontramos en el mundo africano y que en general no deja de ser sino una manifestación de aquella. En este sentido Ogunbado, mientras estudia el impacto del colonialismo en Nigeria, se pregunta: ¿qué es la religión?; y considera que «es un conjunto de sistemas culturales, creencias, cosmovisiones que relacionan a la humanidad con la espiritualidad y, a veces, con valores morales».⁹³

El daño que entre etnias o entre comunidades se produjo por el desplazamiento de sus tierras ha sido un fenómeno que ha influido en su identidad: «Are the Ogiek, really Massai? Or Kipsigis? Kikuyu?» se pregunta Kratz⁹⁴ Así, los pueblos y comunidades indígenas han sufrido un doble ataque a sus creencias: desde el poder colonial «torturing the existed religions, distortion to the traditional tribal cultures, norms and values», y desde las propias estructuras existentes en la época que siguen a la independencia.⁹⁵

Con el atisbo de su llegada, los Estados africanos (y asiáticos) se reunieron en la Conferencia de Bandung, en la que proclamaron su respeto por los Derechos Humanos. Sostiene Heyns que «los pueblos han estado luchando en África por la libertad, la igualdad, la dignidad y la justicia social».⁹⁶

En este nuevo escenario de Estados independientes en África, se inició una importante labor respecto de la creación de organizaciones regionales que sirvió, precisamente, para lograr una mayor unión y cooperación entre los Estados. Así, tras la desaparición de la Unión de Estados Africanos (operativa desde 1958 a 1962), se crearía la Organización para la Unidad africana (OUA) el 25 de mayo de 1963 (sustituida por la UA el 9 de julio de 2002). Se crearon las primeras instituciones encargadas de promover y proteger los Derechos Humanos y de los pueblos, textos legales y declaraciones. A ello, haremos referencia en los epígrafes destinados al estudio del marco regional

⁹³ Ogunbado, A.F. (2012). «Impacts of Colonialism on Religions: An Experience of Southwestern Nigeria». *IOSR Journal of Humanities and Social Science*. p. 52.

⁹⁴ Kratz, C.A. (1980). «Are the Ogiek really Masai? Or Kipsigis? Or Kikuyu? », en *Cahiers d'études africaines*, vol. 20, n°79, pp. 355-368.

⁹⁵ Ogunbado, 2012, p. 56.

⁹⁶ Heyns, C. (2004). *Socio-economic Rights in South Africa*. Pretoria University Law Press, p. 235.

legal de Derechos Humanos. Por lo que se refiere al reconocimiento en sus legislaciones de los más importantes textos legales, ofrecemos el siguiente cuadro.

Cuadro 3. Pueblos y comunidades indígenas en África (elenco no exhaustivo). Normas más relevantes y estado de aceptación.

PAÍSES	COMUNIDADES	CONVENIO OIT 169	DECLARACIÓN NNUU DE 2007
MARRUECOS	AMAZIGH (BEREBERES)	NO	AUSENTE
ARGELIA	AMAZIGH (BEREBERES) *No reconocimiento estatus indígena	NO	A FAVOR
TÚNEZ	AMAZIGH (BEREBERES)	NO	A FAVOR
MALI	AMAZIGH TUAREG, SONGHAÏ, FULANI (PEUL) MOOR. *No reconoce existencia de pueblos indígenas (según la DNUDPI)	NO	A FAVOR
LIBIA	AMAZIGH	NO	A FAVOR
NÍGER	PEUL, TUAREG Y TOUBOU FANG,	NO	A FAVOR
GABÓN	MPONGWÈ, MBÉDÉ, PUNU, BARÉKÉOR BATÉKÉ, BAKOTA y OBAMBA.	NO	A FAVOR
BURUNDI	BATWA	NO	ABSTENCIÓN
CAMERÚN	PIGMEOS, MBORORO Y KIRDI	NO	A FAVOR
RD CONGO	BANTÚES, NILÓTICOS, SUDANESES y PIGMEOS.	NO	A FAVOR
REP. CENTROAFRICANA	M'BORORO FULANI, LOS AKA Y LOS LITHO	SI	A FAVOR
ERITREA	AFAR, KUNAMA, SAHO, SAHONARA	NO	AUSENTE
ETIOPIA	ANUAK, MAJANG	NO	AUSENTE

PAÍSES	COMUNIDADES	CONVENIO OIT 169	DECLARACIÓN NNUU DE 2007
KENIA	OGIEK, SENGWER, YIAKU, WAATA, AWEER (BONI), TURKANA, RENDILLE, BORANA, MASÁIS, SAMBURU, ILCHAMUS, SOMALI, GABRA, POKOT, ENDOROIS...	NO	ABSTENCIÓN
UGANDA	BENET, BATWA, IK, KARAMOJONG, BASONGORA.	NO	AUSENTE
TANZANIA	BANTU, CUSHITE, NI- LO-HAMITE, SAN. *no reconoce existencia de pueblos indígenas	NO	A FAVOR
NAMIBIA	SAN, OVATUE OVATJIMBA, y otros como los DAMARA, NAMA, AND TOPNAARS.	NO	A FAVOR
BOTSWANA	SAN, BALALA, NAMA.	NO	A FAVOR
ZIMBABUE	SAN TSHWA, DOMA. *no reconoce existencia de pueblos indígenas	NO	A FAVOR
SUDÁFRICA	SAN, KHOEKHOE,	NO	A favor

Cuadro confeccionado a partir de datos publicados por IWGIA, *The Indigenous World*, 2022 y 2023 y la página web de la OIT.

3. La conformación de un marco internacional legal

3.1. La obra de la Organización Internacional del Trabajo

Con la creación de la OIT en 1919, gracias al Tratado de Versalles, se comenzó una importante labor en orden al reconocimiento de derechos básicos fundamentales del ser humano, y en concreto, de los indígenas. La Parte XIII del Tratado bajo el título «Trabajo», en su Sección I, artículo 387°

fundaba una organización que comprendía (artículo 388) entre otros, una Oficina Internacional de Trabajo.⁹⁷

El artículo 421° del Tratado de Versalles, en su último párrafo, estipulaba el deber de sus miembros de notificar a la Oficina Internacional del Trabajo la implantación de sus normas (convenios), no sólo en el territorio de las metrópolis, sino también en sus colonias, posesiones o en cada uno de sus protectorados que no se gobernaban totalmente por sí mismos.

En general, desde las primeras reuniones, se observan notables diferencias respecto al cumplimiento de las obligaciones dimanadas de los convenios en los diferentes territorios, por lo que se refiere a los llamados generalmente *nativos* o, en el caso de las observaciones de Australia, los aborígenes. No faltan reseñas sobre las dificultades halladas en cuanto a la aplicación de las normas laborales a aquellos. Valga como ejemplo la observación efectuada por la Gran Bretaña en la 16ª Reunión, cuando, respecto a los convenios sobre el seguro por enfermedad (agricultura)⁹⁸ e (industria),⁹⁹ puso de manifiesto su inaplicación en los territorios coloniales alegando razones como la de la falta de instrucción suficiente por parte de los nativos, a fin de apreciar los beneficios de un sistema de seguro obligatorio.

Aunque sin nombrar expresamente la palabra «indígena», el «Convenio 29», elaborado merced al esfuerzo del Comité de Expertos de 1926, es el señalado por MacKay¹⁰⁰ como un texto dirigido a tratar de paliar la situación de trabajo en que se encontraban los trabajadores indígenas, aunque con ese instrumento se trata de regular genéricamente los trabajos forzados. Puede corroborarse, desde luego, la idea del autor teniendo en cuenta los Informes a que acabamos de hacer referencia, pues el principal destinatario era el nativo de esas tierras.¹⁰¹

⁹⁷ Sobre su gestación y primeras reuniones, véase OIT (1998). *Las normas internacionales del trabajo. Manual de educación obrera*. Oficina Internacional del Trabajo de Ginebra. Este epígrafe y los referentes al Convenio n° 50 y 64 de la OIT se basan en nuestro trabajo publicado en la *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, Vol. 7, número especial de conmemoración del Centenario de la OIT, 2019.

⁹⁸ «Convenio 25». OIT, 1927.

⁹⁹ «Convenio 24». OIT, 1927.

¹⁰⁰ MacKay, F. (2002). «A Guide to Indigenous Peoples' Rights in the International Labour Organization», *Forest Peoples Programme*, p. 7.

¹⁰¹ Véase Informe de la Liga de Naciones. Conferencia Internacional del Trabajo, 16ª Reunión, Ginebra 1932, que resume los informes anuales a los que el artículo 408 del Tratado de Versalles hace referencia. En el mismo sentido, véase Roy, C., Kaye, M. (2002). *The International Labour*

Ya utilizando el término indígena y aún bajo la Sociedad de Naciones, la OIT¹⁰² elaboró tres convenios sobre los trabajadores indígenas y sus labores en territorios todavía no independientes. Nos referimos al «Convenio 50», sobre el reclutamiento de trabajadores indígenas de 1936; al «Convenio 64», sobre los contratos de trabajo para trabajadores indígenas de 1939 y, finalmente, «Convenio 65», sobre las sanciones penales a trabajadores indígenas, también de 1939.¹⁰³ Señalemos, a continuación, algunas ideas fundamentales de estos textos.

3.1.1. El «Convenio 50» sobre el reclutamiento de trabajadores indígenas de 1936

El «Convenio 50» fue adoptado en Ginebra, el 20 de junio de 1936, en la vigésima reunión de la Conferencia Internacional del Trabajo. Cuenta con treinta y tres ratificaciones y tres denuncias. Regula la «Reglamentación de ciertos sistemas especiales de reclutamiento de trabajadores indígenas en territorios dependientes de los Estados Miembros»¹⁰⁴ y entró en vigor tres años más tarde, en 1939.¹⁰⁵ Se trata de un Convenio Técnico y se le considera un texto «dejado de lado» tomando la expresión que la OIT utiliza, pudiendo ser denunciado en el periodo señalado por la Organización.

Organization: A Handbook for Minorities and Indigenous Peoples, Minority Rights Group International and Anti-Slavery International, p. 19.

¹⁰² Debe resaltarse que, como afirma Mackay (2002, 7), hasta la década de los setenta la OIT fue el único órgano que había demostrado interés en las cuestiones indígenas indicando la widespread exploitation of indigenous labour.

¹⁰³ Sobre este Derecho Internacional, véase Servais, J.M. (2011). *The International Labour Organization*. Kluwer. Servais estuvo al frente de la Organización durante tres décadas. Igualmente, sobre la dificultad de la aplicación de sus normas y su falta de sanción, a lo que se suma que las «conclusiones de sus órganos que las supervisan, no tienen carácter obligatorio», Servais, J.M. (2008) «Reflexiones sobre la dificultad de aplicar las normas internacionales de Trabajo» en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, n.º conmemorativo. Asimismo, Von Potobsky, G. W., Bartolomei de la Cruz, H.G. (1990) *La Organización Internacional del Trabajo*, Astrea, o Valticos, N. (1977). *Derecho internacional del trabajo*, Tecnos.

¹⁰⁴ OIT, «Derogación de seis convenios internacionales del trabajo y retiro de tres recomendaciones internacionales del trabajo». Informe VII (1), Conferencia Internacional del Trabajo, 107ª Reunión, 2018, p. 4.

¹⁰⁵ A pesar de que la entrada en vigor se produjo en el año de comienzo de la segunda conflagración mundial, con las dificultades fácilmente imaginables, se enviaron informes sobre las Convenciones respecto al periodo 1939-1943, tal y como se desprende de OIT, «Informes sobre la aplicación de convenios» (Artículo 22 de la *Constitución*). Informe VI, Conferencia Internacional del Trabajo, 26ª Reunión, 1944, pp. 5-7. En este informe no figuran sin embargo los estados que ratificaron el convenio.

Se encuentra en realidad derogado al considerarse que «ya no respondía a las necesidades actuales y se había vuelto obsoleto».¹⁰⁶ El Consejo de Administración de la OIT creó en 1995¹⁰⁷ un Grupo de Trabajo sobre la política de revisión de normas, que decidió, en 1996, ese «dejarlo de lado».¹⁰⁸ Las razones esgrimidas fueron, fundamentalmente, la inexistencia de trabajadores indígenas reclutados y la desaparición, en muchos de los Estados, de poblaciones indígenas «en el sentido del convenio». El documento no ocultó, sin embargo, que cierta problemática subsiste, pero esta pasó a encuadrarse en la de las migraciones internacionales de mano de obra.¹⁰⁹

La redacción del texto fue precedida de discusiones y, en especial, de sesiones del *Committee of Experts on Native Labour* (de 1932, 1934 y 1935). Desde luego, no era la primera vez que se trataba la cuestión, pues ya, en 1895 y 1897, el *International Colonial Institute* había considerado la importancia de regular el reclutamiento de trabajadores indígenas. Junto a esta cuestión, la de la regulación de los contratos de trabajo se había tratado en reuniones anteriores, en 1912, 1925¹¹⁰ o 1929. De los resultados del Comité, el Informe de 1935 representa el primer gran borrador al que seguiría un *questionnaire* enviado a los Estados,¹¹¹ después del cual se redactó el proyecto

¹⁰⁶ OIT, 1944, p. 3.

¹⁰⁷ Con ocasión de su 22ª Reunión: vid. OIT, Nota de información sobre el estado de las labores y decisiones adoptadas en materia de revisión de normas, Consejo de Administración, 283ª Reunión, 2002, GB.283/LILS/WP/PRS/1/2, p. 1.

¹⁰⁸ Id., p. 14. Este documento proporciona el significado de «dejar de lado» de la siguiente forma: «Dejar de lado» un convenio implica que se ha dejado de fomentar su ratificación y que se modificará la manera de citar en los documentos, estudios y trabajos de investigación de la Oficina. También significa que se dejarán de solicitar memorias periódicas y detalladas sobre su aplicación. Quedan, sin embargo, a salvo el derecho de invocar disposiciones del instrumento dejado de lado en caso de reclamación y queja en virtud de los artículos 24 y 26 de la *Constitución* de la OIT, y el derecho de las organizaciones de empleadores y de trabajadores de presentar observaciones de conformidad con los procedimientos de control regular. Finalmente, el hecho de dejar de lado un instrumento no incide en la situación de éste en los ordenamientos jurídicos de los Estados Miembros que lo han ratificado. Las consecuencias prácticas de dejar de lado un convenio son idénticas a las derivadas de la situación de «suspensión», que el Consejo de Administración atribuyó en 1985 a un grupo de 20 convenios que, se consideraba, «habían dejado de ser pertinentes».

¹⁰⁹ OIT, Derogación de seis convenios internacionales del trabajo y retiro de tres recomendaciones internacionales del trabajo. Informe VII (1), cit., 4.

¹¹⁰ Esta reunión fue la primera de la Temporary Slavery Commission.

¹¹¹ Al mismo contestaron no contestaron con detalle los Gobiernos de Australia, Brasil, Colombia, Dinamarca, Estonia, Finlandia, Hungría, Estado Libre de Irlanda, Japón, Nueva Zelanda, Noruega, Suiza, Estados Unidos: en general manifiestan la inexistencia de reclutamiento de trabajadores indígenas o asimilados o la de colonias. Sí lo hicieron de forma detallada,

más cercano a lo que más tarde se convertiría en el «Convenio 50» de la OIT en 1936. Esta forma de proceder nos muestra los diferentes pareceres de los Estados respecto a la cuestión de los indígenas y en los que no nos podemos detener por la limitación de este comentario. Valga mencionar que, para Estados como Noruega, el reclutamiento tal y como se define en el convenio no existía en tal Estado o para Finlandia, que entendía que tal cuestión no le concernía.

Las discusiones muestran la complejidad de la cuestión a tratar, por ejemplo, la preocupación belga por hacer un convenio flexible, dada la gran variedad de formas de reclutamiento y las distintas circunstancias habidas en sus territorios¹¹² de tal forma que se llegó a discutir incluso el título del convenio, que fue objeto de modificación en la 19ª Reunión de la Conferencia.

Una importante contribución fue realizada desde América.¹¹³ Si bien la OIT tenía, y tiene, carácter internacional, una mejor y más eficaz labor debía pasar por la «regionalización» lo que no significaba desmembración alguna sino «reforzar el carácter universal de la Organización».¹¹⁴

Así, en la Conferencia de Santiago, se aprobaron Resoluciones que incluso se adelantaron a cuestiones aprobadas en forma de convenios por la OIT. Este encuentro hizo numerosas alusiones a las condiciones de vida y trabajo del indígena: «Ese problema es el relativo a la condición de los trabajadores (indígenas), a quienes urge restituir plenamente a la vida social mediante un esfuerzo que transforme sus costumbres, su cultura, su aptitud y su conciencia».¹¹⁵ Siendo el primer convenio que trata de paliar la situa-

Belgium, Bulgaria, Chile, China, France, Great Britain, India, Iraq, Italy, the Netherlands, Spain, the Union of South Africa, Yugoslavia.

¹¹² Cf. ILO, «The Regulation of Certain Special Systems of Recruiting Workers». Questionnaire I, 1935, p. 6.

¹¹³ En 1936 tiene lugar en Chile, la Conferencia del Trabajo de los Estados de América miembros de la OIT. En la misma se trató la cuestión relativa a las condiciones de trabajo y de vida de las poblaciones indígenas. No puede dejarse de lado que los Estados de la América Latina en especial debían tener una voz importante al respecto, dada la gran cantidad y diversidad de pueblos y comunidades indígenas en el continente. Véase OIT, «Conferencia del Trabajo de los Estados de América» Miembros de la Organización Internacional del Trabajo. 1936. Anteriormente incluso ya había elaborado reportes sobre los seguros sociales, sobre los niños y jóvenes, y sobre el trabajo de las mujeres.

¹¹⁴ 11 Estados de América figuran entre los miembros fundadores de la OIT.

¹¹⁵ Cf. *Conferencia del Trabajo de los Estados de América Miembros de la Organización Internacional del Trabajo*. Santiago de Chile. 2 al 14 de Enero de 1936. Actas de las Sesiones, OIT, p.658.

54. Además, Naula, representante de Ecuador, describió crudamente la realidad: «el indígena y sus familiares quedan obligados a trabajar de manera absolutamente gratuita cinco días m las

ción (laboral) de las poblaciones indígenas, nos parece necesario indagar en el concepto de «indígena» en esta época, cuestión a la que volveremos de forma concreta cuando nos refiramos al «Convenio 50». Este es un tema crucial en el presente, dada la evolución del derecho aplicable a los mismos y los diferentes significados que al mismo se le han dado. No podemos olvidar que el «Convenio 107» fue desplazado por el 169, al rechazar precisamente el espíritu paternalista del primero. Afirmo MacKay que él mismo suponía una falta de respeto hacia la cultura e identidad indígena, lo que la convirtió en una vergüenza para la OIT.¹¹⁶ No obstante, a nuestro entender, no puede criticarse de forma tan negativa al convenio. Luego, desarrollaremos mejor esta idea, al concluir el estudio del «Convenio 107».

3.1.1.1. La falta de definiciones de conceptos esenciales

Una de las cuestiones que llaman la atención es la de la falta de definiciones claras y precisas de determinados conceptos del Convenio que nos parecen esenciales, como las de «indígena», «trabajador indígena»,¹¹⁷ «menor», «jefe de familia» o «grandes distancias», lo que dio lugar a diferentes interpretaciones que se manifestaron en determinadas afirmaciones que hicieron los Estados en los reportes efectuados al órgano competente de la OIT. No todos esos términos fueron objeto de preocupación en los trabajos preparatorios, *además del* de indígena o asimilado. En efecto, las discusiones plasmadas en especial en el Informe IV, en la discusión de la 19ª Reunión de Ginebra, en 1935, cuyo informe titula: «The recruiting of labour in Colonies and in other territories with analogous labour conditions». En el *questionnaire* antes mencionado o en el informe de 1936 no aparece debate alguno sobre la cuestión, si bien consideraron la importancia de contar con un Convenio que regulase tales cuestiones.

tierras del señor feudal; un día se le permite que vaya a elaborar la parcela de tierra prestada para que pueda obtener de allí el sustento, y al otro, le entrega al cura próximo para que lo adoctrine. Es decir, para que le diga al indígena que sufra no más con resignación, que sea humilde, dócil, obediente, etc., pues, cuando muera alcanzará su recompensa en el cielo». (*Id.*, 109).

¹¹⁶ MacKay, 2002, p.7. El autor dice literalmente: «lack of respect for indigenous culture and identity, the Convention became an ‘embarrassment’ to the ILO».

¹¹⁷ Respecto de esta y aunque el convenio ofrezca, no es una clara definición.

3.1.1.2. El Indígena

En primer lugar, el Convenio (que no nos proporciona concepto alguno de «indígena», pero se refiere al «trabajador indígena»)¹¹⁸, indica que estos son:

Los trabajadores que pertenecen o están asimilados a las poblaciones indígenas de los territorios dependientes de los Miembros de la Organización, así como a los trabajadores que pertenecen o estén asimilados a las poblaciones indígenas dependientes de los territorios metropolitanos de los Miembros de la Organización.

La expresión «territorios dependientes» obligaba a aplicar sus disposiciones a los nativos de las colonias. En este sentido nos parece importante resaltar que los componentes del *Committee of Experts on Native Labour* en 1935 ostentaban nacionalidades de las más importantes potencias coloniales, como Bélgica, Reino Unido, España, Francia, Italia, Japón, Países Bajos y Portugal.¹¹⁹

Delimitar qué se entiende por indígena en la época del Convenio devino en una tarea compleja. El sentido etimológico del término llevaba a aplicar y afirmar que se trata de los primeros habitantes originarios de un lugar.¹²⁰ La Conferencia de Berlín de 1885 empleó errónea e indistintamente términos como «natives», «aborigines» o «populations found on these territories», lo que también ocurre en estos primeros trabajos de la OIT (no se emplea limpiamente el sentido etimológico, por origen o por asimilación).¹²¹

El «Informe IV» de la OIT, de 1935, menciona el vocablo «nativos». Ahora bien, cuando habla de los métodos de obtención de trabajadores en las colonias, no sólo hace referencia al nativo, sino que, junto al recurso al mismo, se refiere a métodos ya desaparecidos, como la esclavitud de estos, la compra de inmigrantes esclavos y métodos indeseables como trabajos forzados, servidumbre predial o por deudas.

¹¹⁸ Realmente la primera definición «internacional» es la de Martínez Cobo.

¹¹⁹ También hubo representantes de Liberia e India.

¹²⁰ Etimológicamente indi-gen: dentro de-raíz de algo, nacido en, nativo, aborígen. La cuestión pasa por hacer una diferencia con lo extranjero o que es traído de fuera.

¹²¹ Para el autor: «in South Africa, for example, native or indigenous workers included: (a) those who were engaged on the farms owned by Europeans; (b) the detribalized industrial workers in the towns; and (c) those who came out from the native reserves in the British Protectorates, Portuguese East Africa, Southern Rhodesia and Nyasaland».

Por otra parte, en su artículo 2º, nos encontramos con que, junto a «trabajadores indígenas», se mencionan a los trabajadores que estén asimilados a las poblaciones indígenas dependientes de los territorios metropolitanos de los Miembros de la Organización. La palabra «asimilado» tiene todo el sentido, ya que en la misma se incluyen a trabajadores llevados desde otros territorios o a los esclavos africanos que fueron llevados por la fuerza desde África a América como ocurriera, por ejemplo, con los Saramaka de Surinam, colonia de los Países Bajos. Lo mismo podríamos decir de los reclutados en la India y trasladados a diferentes colonias británicas del continente africano.

3.1.1.3. El «reclutamiento» y algunas de sus consecuencias

El apartado (a) del artículo 2º señala que tal término:

Comprende todas las operaciones realizadas con objeto de conseguir para sí, o proporcionar a un tercero, la mano de obra de personas que no ofrezcan espontáneamente sus servicios ya sea en el lugar del trabajo, en una oficina pública de emigración o de colocación, o en una oficina dirigida por alguna organización patronal y sujeta al control de la autoridad competente.

La cuestión más relevante tratada a este respecto fue la preocupación por dejar claro el ámbito de aplicación del convenio, si este se aplicaría a la metrópolis y a los territorios a los que se refiere el Tratado de Versalles (art. 421). El Reino Unido consideraba innecesario que cubriera todo el territorio de los Estados, más bien cada Estado establecería una declaración al respecto. Además, parecía necesario establecer ciertas excepciones que, finalmente, se iban a reflejar en el texto final, aunque de una forma un tanto vaga.

El Committee of Experts on Native Labour había discutido la cuestión al constatare las diferencias conceptuales de las normas existentes en las metrópolis, y llegó finalmente a un acuerdo que no deriva demasiado del discutido. Así, el término «contratación» se refiere a:

Toda operación u operaciones realizadas con el fin de obtener o suministrar mano de obra a personas que no ofrecen espontáneamente sus servicios ni en el lugar de trabajo ni en una oficina pública de emigración

o de empleo, ni en una oficina de una organización de empleadores bajo supervisión pública.¹²²

La realidad que nos muestra la historia indica que las labores agrícolas (aun las llevadas por los colonos) no era practicada siempre por éstos, ni conocían los sistemas europeos de trabajo, y con ello también ignoraban determinadas categorías jurídicas, *ad ex*, el de «trabajador asalariado», por lo que difícilmente surgiría esa «espontaneidad». El convenio contiene determinadas disposiciones que hacen referencia a las consecuencias del desplazamiento resultante del reclutamiento y formas de trabajo, tal y como se habían llevado a cabo antes del «Convenio 50», convirtiéndose así en un texto consciente de las deleznable consecuencias de lo anterior y del apartamiento del nativo de sus tierras, lo que hace del mismo un texto protector del indígena a la vez que regulador de las actividades realizadas en sus propias tierras.

El artículo 4º hace referencia a «planes de fomento económico». Situado en el contexto en que se llevan a cabo estas actividades, en el territorio colonial, ya pone de relieve la intención del colono de transformar el estatus de la tierra en la que se asienta. En el caso de Kenia, *ad ex*, se implantaron nuevas formas de cultivo que implicaron la tala de árboles naturales del terreno, por otros de crecimiento más rápido con el fin de construir casas o postes telegráficos y se comenzó el cultivo del té y del café. Todo ello, sin reparar en las consecuencias medioambientales en las áreas en que se practicó; Además, estas actividades se llevaron a cabo en las High Lands, forzando a los Kikuyu a un desplazamiento forzado, de tal forma que se rebelaron fuertemente, lo que efectuaron hasta incluso en la era post colonial que siguió la misma política. Esto se realizó sin un «consentimiento previo, libre e informado», principio que, con el tiempo y la evolución del Derecho Internacional de los derechos de las comunidades indígenas, se ha erigido como regla básica de obligado cumplimiento. A ello, hemos de añadir que esta cuestión rela-

¹²² Existe una excepción en el art. 3 que deriva de las sesiones preparatorias: «No obstante, las autoridades competentes deben poder exceptuar de esta definición las operaciones realizadas por un empresario que no emplee en ningún momento a más de un número determinado de personas, como las realizadas por los trabajadores manuales empleados por una empresa determinada a los que el empresario haya encargado que obtengan la mano de obra de otros trabajadores para la misma empresa en las condiciones que se indican a continuación. El «Convenio 50» finalmente no concretó ninguno de estos límites, pero si volvemos al Informe de 1936 comprobaremos que su voluntad era referirse a 20 trabajadores/25 km de distancia del lugar en que viven». Véanse pp. 13-14.

cionada con la tierra y su ocupación es un factor determinante en la lucha entre etnias,¹²³ pues, al verse desplazadas a otros lugares, da lugar a un no deseado encuentro con miembros de otros grupos étnicos.

Ya el informe mencionado, de 1935, hacía referencia en su tercer capítulo a los excesos en el reclutamiento efectuado que se habían traducido en muertes. Son altamente ilustrativas las palabras del secretario general del International Colonial Institute, Mr. Louwers, pronunciadas sobre el comentario efectuado por el Duque de Brabante en el Senado Belga sobre el tema de las nuevas tendencias de la política colonial belga:¹²⁴

It is hardly necessary to recall the circumstances under which, in the early days of the industrial expansion, the labour necessary for mining and so many other undertakings, especially public works, had to be obtained. We had no working class, we had to deal with a sparse population distributed in scattered regions and frequently living far distant from the areas where labour was required. It was a population of agriculturalist, fishermen, hunters, and pastoralists, who had never been in contact with our civilization and who did not offer spontaneously to leave their traditional homes to take employment in areas which were often at a distance and where they would have to live under entirely new conditions. It was therefore necessary to recruit labour, and this gave rise to serious abuses, from the humanitarian as well as from the social point of view. The death rate of the recruited workers was appalling, especially at the beginning. Taking account of all wastage from the time of recruiting until the end of the contractual period imposed on all these workers, it was calculated in the early days that the death rate was 50% and sometimes higher.¹²⁵

¹²³ Entre otros muchos, véase Stavenhagen, R. (1991). «Los conflictos étnicos y sus repercusiones en la sociedad internacional», *Revista Internacional de Ciencias sociales*, vol. XLIII, n.º 1; Díaz Argüelles, N. (2011). «Conflictos étnicos en Chiapas, México», en *Isri Cuba*, p. 5; Rincó García, J.J. (2009). «Diversos y comunes: elementos constitutivos del conflicto entre comunidades indígenas, campesinas y afrocolombianas en el departamento del Cauca», en *Análisis político*, vol. 22, n. 65.

¹²⁴ Cf. Informe, 1935, p. 104.

¹²⁵ No es necesario recordar las circunstancias en las que, en los primeros días de la expansión industrial, hubo que obtener la mano de obra necesaria para la minería y otras muchas empresas, especialmente de obras públicas. No teníamos clase obrera, teníamos que hacer frente a una escasa población distribuida en regiones dispersas y que a menudo vivía muy lejos de las zonas donde se requería mano de obra. Era una población de agricultores, pescadores, cazadores y pastores, que nunca habían estado en contacto con nuestra civilización y que no se ofrecieron espontáneamente a abandonar sus hogares tradicionales para trabajar en zonas que a menudo estaban alejadas y en las que tendrían que vivir en condiciones totalmente nuevas. Por lo tanto, era necesario reclutar mano de obra, lo que dio lugar a graves abusos, tanto desde el punto de

Se entiende, así, que el texto haga referencia a la prohibición de la coacción para ser reclutados como trabajadores, a que se respeten sus propias formas de organización (principio consagrado ya internacionalmente) y a «otras consecuencias desagradables». El artículo 5º pretende que se tenga en cuenta el efecto que el desplazamiento del hombre (no hay reclutamiento femenino) no afecte negativamente a sus familias, reiterando en este aspecto la organización social y las consecuencias, en lo referido a las condiciones de higiene, bienestar y medios de subsistencia.

En la práctica, lo ocurrido demuestra que todo desplazamiento ha influido negativamente en los aspectos mencionados. No podemos aportar suficiente jurisprudencia de la época que lo ponga de manifiesto, más que algún caso aislado que se mencionará, unido a la falta de respuesta por parte de los Estados respecto al seguimiento de su cumplimiento por parte del órgano correspondiente de la OIT. No obstante la Corte Interamericana de Derechos Humanos es rica en ejemplos que bien pueden aplicarse a la situación que se desprende del articulado del convenio, en los que el alejamiento ha vulnerado el derecho a la vida (caso *Saramaka vs Surinam*,¹²⁶ por ejemplo).

3.1.1.4. El menor

La cuestión del reclutamiento de menores, hecho grave que sigue dándose en la actualidad, es objeto de tratamiento específico. El problema que encontramos es el relativo a la interpretación de lo que entienda el convenio por «menores» ya que el texto guarda silencio al respecto.¹²⁷ Habría pues que remitirse a otros convenios de la OIT y cuerpos legislativos internacionales o incluso a los estándares de los Estados miembros de la

vista humanitario como desde el punto de vista social. La tasa de mortalidad de los trabajadores contratados fue espantosa, especialmente al principio. Teniendo en cuenta todos los perjuicios desde el momento de la contratación hasta el final del período contractual impuesto a todos estos trabajadores, se calculó en los primeros días que la tasa de mortalidad era del 50% y a veces superior (*Id.*).

¹²⁶ Corte IDH, sentencia de 28 de noviembre de 2007 (fondo, excepciones preliminares y costas), Serie C, n.º 172, Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam.

¹²⁷ En la obra de Álvarez Chillida («Epígono de la Hispanidad. La españolización de la colonia de Guinea durante el primer franquismo», en Michonneau, S., Núñez-Seixas, X.V. (Eds.). (2017). *Imaginarios y representaciones de España durante el franquismo*, Casa de Velázquez) que refiere la de Ndong-Bidyogo, encontramos la siguiente afirmación: «Desde 1904 los indígenas de la colonia fueron considerados jurídicamente menores de edad que podían registrarse entre ellos en los aspectos civiles por su propio derecho consuetudinario».

OIT en el momento, para poder acercarnos con precisión a la cuestión. En 1924, se aprobó la *Declaración de Ginebra el 24 de septiembre sobre los Derechos del Niño*. Sin embargo, se trata de una declaración sin valor vinculante, de cinco puntos, que reconoce las necesidades fundamentales de este, pero sin que se establezcan conceptos y se defina «menor». En cinco puntos contiene los principios básicos de protección de la infancia.¹²⁸

La OIT ya había elaborado en 1929 un convenio de protección a los niños y adolescentes para el trabajo en la industria, en los que la edad marcada es la de los 14 años, marcando ciertas excepciones en el artículo 5º (doce años),¹²⁹ razón que provocó la falta de ratificaciones, ya que tal edad no es la coincidente con la de la obligatoria enseñanza escolar en algunos países.¹³⁰ Volviendo al convenio que nos ocupa (y, reiteramos, sin aportar concepto), este pretende aplicar una disposición que establece el consentimiento de sus padres y el tipo de trabajo (ligero) que pueden efectuar los menores.

3.1.1.5. Otras disposiciones

Remarcable es la disposición contenida en el artículo 8, que posibilita, aunque no lo establece con carácter general, la agrupación de indígenas según etnias. Decimos que es digno de resaltar, ya que no son pocos los enfrentamientos habidos entre las mismas, siguiendo el ejemplo antes apuntado: al forzar los británicos a los Kikuyu, éstos se juntaron con los Massai, lo que produjo ciertos choques. Debe tenerse en cuenta que cada etnia tiene sus propias culturas, formas de organización, e incluso lengua y desde luego, territorio.

Por el papel que desempeña el jefe de familia, el convenio considera que su reclutamiento no se ha de considerar como el del resto de la misma, de tal manera que, si por determinadas circunstancias lo es,¹³¹ el convenio

¹²⁸ Esta declaración se debe al esfuerzo de Eglantyne Jebb. «El 6 de enero de 1920, Eglantyne Jebb crea la Save de Children International Union, o, en su denominación francesa, la Union Internationale de Secours aux Enfants, UISE. El acto de la fundación tiene lugar en el Ateneo de Ginebra, en la misma sala donde cincuenta años antes había nacido la Cruz Roja». (Véase Bofill, A., Cots, J. (1999). *La Declaración de Ginebra. Pequeña historia de la primera carta de los derechos de la infancia*. Comissió de la Infancia de Justícia i Pau, p. 7).

¹²⁹ Cf. Convenio, artículo 2º.

¹³⁰ Sobre la cuestión véase. Sociedad de Naciones- OIT. (1930). «Memoria del Director. Primera Parte, Conferencia Internacional del Trabajo», 14ª Reunión, p. 181.

¹³¹ *Ad ex.* desempeñe labores agrícolas o similares que por su naturaleza requieren que permanezca un periodo de tiempo prolongado.

otorga la posibilidad de que la familia lo acompañe: el fin que persigue es el de que la unidad familiar no se rompa.

La ocupación de empresas extranjeras ya se desprende de la estipulación 9ª del convenio, por más que se refiere al reclutamiento que pudieren efectuar funcionarios públicos. Este es un problema colonial y postcolonial, objeto hoy de atención por parte del Derecho Internacional. La mano de obra que utilizó el colono fue la del indígena del territorio o la del traído desde otros lugares.¹³²

El artículo 10º de este texto hace referencia explícita a jefes y autoridades indígenas (que gozan de un estatus diferente, a tenor de lo que señala el art. 7, en el sentido de que no debe considerarse su reclutamiento como el de otros miembros de la familia) sobre los que impone el límite o la prohibición de (a) actuar como agentes de reclutamiento; (b) ejercer ninguna presión sobre los trabajadores que pudieren ser reclutados, o de (c) recibir una remuneración o cualquier otro beneficio especial, cualquiera que sea su procedencia, por el hecho de haber contribuido al reclutamiento.

Por lo demás, el convenio articula normas sobre el procedimiento de reclutamiento, autorizaciones u otorgamiento de permisos, factores a ponderar antes de proceder al mismo, derecho a percibir una remuneración fija, someterse a reconocimiento médico previo o condiciones del medio en que sean transportados

3.1.1.6. Apunte final

En general, el «Convenio 50» parece pretender dar respuesta a los principales problemas que venía generando el trabajo para los indígenas y que el anterior convenio sobre los trabajos forzados no pudo resolver. Los Estados coloniales habían promulgado escasas reglamentaciones sobre el reclutamiento de trabajadores sirviéndose a menudo de la que traían de otras regiones en condiciones que, como señala Gisbert:

Poco distaba del esclavismo, aunque de forma recurrente se ha utilizado la expresión «trabajo forzoso» para referirse al nuevo modelo de trabajo

¹³² Recuérdesse la construcción del ferrocarril en 1886, de Mombasa a Kisumu, realizado por trabajadores traídos desde la India.

que defendieron las potencias coloniales después de la Conferencia de Berlín, una vez terminado el tráfico ilegal de esclavos.¹³³

Desde luego, los Estados que ratificaron el «Convenio 50» promulgaron normas internas aplicables a sus colonias a fin de dar cumplimiento a lo estipulado en este texto. Al mismo tiempo hubieron de seguir otras para tratar de reforzar materias conexas. Las cuestiones iban surgiendo, pero había que darles respuesta de forma «pausada», de manera que en lugar de un único texto (al fin y al cabo, la cuestión relativa al contrato de trabajo y a las sanciones penales ya estaban sobre la mesa) se optó por regular los temas separadamente. Tal era la dificultad o el poco interés en el reconocimiento del indígena como persona con derechos vulnerados.

3.2.2. *El «Convenio 64», sobre los contratos de trabajo (trabajadores indígenas)*

3.2.2.1. Antecedentes y gestación

Ya se dijo en el comentario al «Convenio sobre el reclutamiento de trabajadores indígenas», (1936, n.º. 50), que la OIT, desde comienzos de la década de los veinte, y en particular desde 1929, había mostrado preocupación e interés por la regulación de determinadas cuestiones que afectan al trabajador indígena y que, por su importancia, se había decidido un estudio y posterior regulación separadamente.¹³⁴

En la decimonovena reunión de 1935 se estaba tratando la cuestión relativa al reclutamiento de los trabajos indígenas, y se decidió incluir en el orden del día de la reunión la cuestión de los contratos. Los problemas previos que planteaba esta cuestión habían sido estudiados por una comisión de técnicos. Se trataba ahora de llevar a cabo una primera discusión con el fin de poder llegar a la aprobación de otro convenio en 1939. Se gestaba, así, el tercer convenio dirigido a reglamentar el trabajo indígena, que no fue el último.¹³⁵

¹³³ Sant Gisbert, J. (2009). «El modelo económico colonial y sus contradicciones: Fernando Poo (1900-1936)», en *Afro-Hispanic Review*, 2009, vol. 28, n. 2, p. 67.

¹³⁴ Así, las resoluciones de 1929, 1932 y 1935 correspondientes a las reuniones doceava, dieciseisava y decimonovena.

¹³⁵ Aún, la OIT aprobaría los convenios relativos a Sanciones Penales, el «Convenio 107» y el «Convenio 169».

El «Convenio 64» está en principio calificado como «oriented from an employers' perspective»,¹³⁶ lo que no sorprende, ya que, hasta 1989, las comunidades indígenas no dispondrán de un texto claramente protector de sus derechos. El convenio anterior también fue calificado de paternalista y, así, puede afirmarse que se realizó desde la perspectiva del colono. No es fácil, ni se puede pretender, que en veinte años la OIT pudiera elaborar un texto ajeno a la visión sostenida durante por siglos.

A este «Convenio 64» seguirá un tercero, relativo a sanciones penales cuyo conjunto, siguiendo a Tomaselli, constituye, junto al 54, el *Native Labour Code*.¹³⁷

Por lo que respecta al que ahora nos ocupa, este fue aprobado en la 25ª Reunión de la Conferencia Internacional del Trabajo el día 27 de junio de 1939, si bien su entrada en vigor no fue hasta el 8 de junio de 1948. Fue derogado el día 5 de junio de 2018 por Conferencia General junto con cinco convenios más. El «Convenio 64» sido ratificado por treinta y un Estados. Puede concluirse de ello que tuvo una buena aceptación.

Como señala el «Informe II» de 1938:¹³⁸ «La aceleración del ritmo de explotación de los territorios coloniales» había traído como consecuencia la necesidad de más mano de obra. Las principales actividades llevadas a cabo por los colonos, como las plantaciones o la explotación de minas requerían, por su propia naturaleza, retener de alguna forma al empleado para lo cual el contrato a largo plazo parecía devenir en la forma más segura. La escasez de trabajadores indígenas o asimilados era un hecho evidente y el contrato podría ofrecer un incentivo a aquéllos.

Los trabajos del Instituto Colonial de 1897, 1899, y en especial de 1912, habían tratado la cuestión contractual, aunque con un campo de aplicación limitado.¹³⁹ En uno de los informes, se recuerda que se habían llegado a

¹³⁶ Roy y Kaye, 2002, p. 19.

¹³⁷ Tomaselli, A. (2015). «Indigenous Peoples and their Right to Political Participation: International, Nomos», p. 40; Swepston, L. «Development of the ILO Conventions», en AA.VV. (2015). *Indigenous Peoples' Rights in International Law: Emergence and Application. Book in Honor of Asbjørn Eide at Eighty*, IWGIA, p. 227.

¹³⁸ OIT. «Informe II. Reglamentación de los contratos de trabajo de los trabajadores indígenas», Conferencia Internacional del Trabajo, 1938, p. 2.

¹³⁹ Se referían a los trabajadores migrantes.

proclamar una serie de principios¹⁴⁰ e, incluso, elaborar un proyecto de reglamentación.¹⁴¹ Janssen había presentado unas conclusiones en la reunión de 1912, que bien podían haberse incorporado a algún convenio, si bien, a falta de ello, aún la cuestión contractual de los trabajadores indígenas quedaba sin regulación.

La cuestión para tener en cuenta es el periodo de la historia en que este convenio entra en vigor. El estallido de la Segunda Guerra Mundial no tuvo como escenario las colonias, pero las metrópolis estaban sumidas en el gran conflicto, por lo que la atención no se hallaba puesta en la marcha de los convenios de 1939. Existe amplia literatura que muestra la participación de indígenas llevados lejos de sus tierras desde la primera conflagración bélica mundial, para participar en un conflicto que les era un tanto ajeno. Ello, bajo la promesa de ciertos beneficios materiales, como pensiones o la obtención de nacionalidad que, en más ocasiones de las deseadas, fueron incumplidas.¹⁴²

3.2.2.2. Principales cuestiones planteadas previamente

Existían diversos temas sobre los que, ante la duda de la aplicación de esta reglamentación internacional y las diferentes posiciones al respecto, se hacía preciso efectuar las oportunas consultas en forma de preguntas a los Estados. Así, un primer grupo de cuestiones se aglutinaron en torno a las respuestas a las siguientes: la determinación de la clase de contrato, y en particular la de si el ámbito de aplicación quedaría limitada a los trabajadores manuales; la relativa a la contraprestación por trabajo, dadas las diferencias en los ordenamientos jurídicos de los Estados y las diferentes formas contractuales; si, igualmente, se aplicarían a los contratos celebrados entre empleador indígena y trabajador indígena; si eran susceptibles de inclusión los concluidos por subcontratistas o subempleados y la utilidad

¹⁴⁰ Informe I, 1938, 1n: «todo contrato que prevea más de tres meses de servicio deberá ser extendido por escrito; la duración de la validez de un contrato no podrá exceder de tres años; el empleador está obligado a asegurar al trabajador asistencia médica y a repatriar a la expiración del contrato».

¹⁴¹ Informe II, 1938, pp. 3-4.

¹⁴² Greenstein, L.J. (1978). «The Impact of Military Service in World War I on Africans: the Nandi of Kenya», en *The Journal of Modern African Studies*, vol. 16, n. 3, pp. 495-507; Sheffield, R.S., Riseman, N. (2018). *Indigenous Peoples and the Second World War. The Politics, Experiences and Legacies of War in the US, Canada, Australia and New Zealand*, Cambridge University Press.

o no de insertar una definición de contrato de trabajo, cuestión ésta que quedó resuelta en forma de «inutilidad».

En un segundo grupo se debería consultar con los Gobiernos de los Estados la cuestión relativa a la obligatoriedad o no de que el contrato quedara plasmado por escrito y si ello dependería de la duración contractual (en ese caso, qué duración sería la estimada para suponer que el contrato es a largo plazo),¹⁴³ o la de cuándo las condiciones laborales podrían traer consigo «derogaciones notables de las disposiciones habituales en la región de empleo para un trabajo análogo».¹⁴⁴

Una tercera cuestión para discutir con los Estados era la relativa al contenido del contrato, a los elementos esenciales del mismo y, en este caso, se planteaba la cuestión de incluir determinadas cuestiones más básicas en el convenio internacional, opción que, sorprendentemente, es por la que la comisión de peritos se inclinaba, con el añadido de ofrecer al indígena información bastante sobre los temas no incluidos y dejados a la suerte de las legislaciones nacionales.

En cuarto lugar, la necesidad de establecer un mecanismo de vigilancia administrativa del contrato y sus modalidades y, en este punto, la cuestión de la libertad respecto de otro tratado anterior que el trabajador tuviera y que pudiera aún vincularle; la de la no coacción o la de su consentimiento limpio, se erigían como temas a someter a la Conferencia a fin de integrarse en las preguntas a efectuar a los Gobiernos. Junto a ello, la comprobación de la forma y contenido del contrato y la debida comprensión por parte del trabajador. Relacionada con esta cuestión aparece la recomendación de la Comisión sobre la conveniencia de la entrega al trabajador una copia del contrato o «documento equivalente», con independencia de que, como el trabajador «contrata individualmente con el empleador, lo mismo daría si se entregaba a cada uno un documento separado que si se extendía un solo documento para todo el grupo». En cualquier caso, se dejó la cuestión a la oportuna consulta a los Gobiernos, como hemos señalado.

En quinto lugar, la obligatoriedad de las visitas médicas antes de la celebración del contrato con carácter general, o sólo en determinadas

¹⁴³ A este respecto surgía el problema de que su celebración por duración de un mes se hacía prácticamente imposible debido a la distancia entre el lugar de habitación y el de trabajo.

¹⁴⁴ Informe, 1938, p. 12.

circunstancias (por ejemplo, quedarían fuera los trabajos agrícolas a llevar a cabo cerca del «hogar contratado»).

Respecto a la cuestión relativa al trabajo de mujeres, adolescentes y niños, sorprende aquí que, por un lado, se considere junto a la diversidad en las legislaciones nacionales la cuestión de la igualdad, a la vez que se sostuvo que una forma de resolver la escasez de trabajadores nativos, dado el «ritmo acelerado de mano de obra», es la de animar a que el hombre se trasladase acompañado de la familia, autorizándose así el trabajo de los componentes de esta.¹⁴⁵

Otras cuestiones debatidas y a someter fueron la de la duración del contrato, sobre lo que la Comisión de peritos tan sólo enunció el principio de que «la legislación debería fijar la duración máxima de servicio que pueda ser estipulada en los contratos de trabajo. Esta duración debería ser lo más corta posible», señalando la conveniencia, en especial, de tal duración máxima en determinados supuestos que después señalaremos. Esta cuestión se elevaría a la consulta de los Gobiernos junto a la de la posibilidad de transferencia de contratos entre empleadores, rescisión del contrato, repatriación, renovación y sanciones penales, cuestión sobre la que ya se vislumbra la atenuación, aunque no su supresión.¹⁴⁶

A estas cuestiones, se añadiría posteriormente la surgida con los «contratos (que) se hayan celebrado en un territorio y que deban ser empleados en otro que esté sometido a otra administración».

Las cuestiones señaladas en este apartado se recogieron en un *Grey Report* junto a «la exposición de la legislación y de la práctica en los diferentes territorios interesados, con el texto de los principios sobre los contratos de trabajo extendidos por escrito que había adoptado la Comisión de peritos en materia de trabajo indígena»¹⁴⁷ y junto al cuestionario pertinente.

¹⁴⁵ *Id.*, p. 23.

¹⁴⁶ En caso de incumplimiento por parte del trabajador indígena, la imposición de sanciones de tipo penal era cuestión generalizada. El «Convenio 65» de 1939 trataría esta cuestión.

¹⁴⁷ OIT. (1939). Informe II. Reglamentación de los contratos de trabajo de los trabajadores indígenas, Conferencia Internacional del Trabajo, 25ª Reunión, p. 3.

3.2.2.3. Los Comentarios al anteproyecto

En la vigésimo quinta reunión de la OIT de 1939 se presentó como segunda cuestión del día un comentario al anteproyecto del convenio.¹⁴⁸ Las cuestiones antes mencionadas fueron enviadas a los Gobiernos, habiendo respondido veintiún Estados.¹⁴⁹

Una observación importante es la de que, antes de definir «indígena», ya se refiere a la etimología del término. Ello, cuando para referirse a los sujetos a quienes va dirigido el convenio, los trabajadores, incluyendo tanto al autóctono como al que inmigrante, que gozaba, al efecto, del mismo estatus.

Por lo que se refiere a empleador, el término engloba «a todos los empleadores particulares, ya sean europeos, indígenas o de otra raza no indígena».¹⁵⁰ Si comprendía o no a los empleados por la administración, la Conferencia sería quien hubiera de resolver este problema. En cuanto a qué debía entenderse por disposiciones legales, estas incluirían las aplicable al territorio de que se trate (internacionales o nacionales). Importante nos parece la definición de «contrato» pues, aunque en el artículo 1º no especifique concepto como tal, la referencia a la posterior estipulación (artículo 3º) ya nos provee lo que parece constituir la primera definición en lo que constituyen las normas de trabajo.

La cuestión relativa a la contraprestación por trabajo, a tenor de lo que se desprende del documento, podía ser tanto en salario, como en especie. Quedaron fuera de la aplicación del convenio los contratos de aprendizaje. La obligatoriedad de su plasmación por escrito¹⁵¹ so pena de poder exigir reclamación por daños y perjuicios o su ejecución, se produciría:

¹⁴⁸ Igualmente se realizó respecto del anteproyecto del convenio relativo a las sanciones penales por incumplimiento del contrato por parte del trabajador indígena y del Proyecto de Recomendación relativo a la inspección del trabajo de los trabajadores indígenas.

¹⁴⁹ Estos son los de Canadá (Provincias de Alberta, de Manitoba y de Ontario), Cuba, Dinamarca, Estados Unidos de América, Estonia, Finlandia, Francia, Gran Bretaña, Grecia, India, Irak, Irlanda, Letonia, Lituania, Nueva Zelandia, Países Bajos, Siam, Suecia, Suiza, Turquía y Unión Sudafricana.

¹⁵⁰ Informe, 1939, p. 8.

¹⁵¹ Excepción hecha cuando no ha habido negligencia u omisión consciente por parte del empleador. En cualquier caso, simplemente el contrato no obliga al trabajador, sin más consecuencias para el empleador. Además, es ilegal considerar que el contrato obliga a la familia del trabajador (ex. art. 4).

Cuando la duración del contrato alcanza o excede de seis meses o de un número de días de trabajo equivalentes a seis meses, y [...] cuando las condiciones de trabajo estipuladas en el contrato implican derogaciones de importancia a las disposiciones habituales en la región del empleo para un trabajo análogo.¹⁵²

Llama la atención la importancia dada al contenido del contrato (como antes hemos dejado señalado) pues lo que se dispone en este anteproyecto gira en torno a que figuren en el mismo cuantas disposiciones fueran necesarias a fin de fijar con claridad y precisión los derechos y deberes de las partes contratantes. Los contratos habrían de ser verificados mediante la recepción de un visado de un funcionario de la administración responsable para ello. De ahí que el apartado 2 oriente y señale las cuestiones que deben ser objeto de comprobación para visar aquél que, además, había de ser registrado. Con respecto al reconocimiento médico, después de recibidas las observaciones de los Gobiernos, la OIT decidió que:

Le hemos añadido una limitación sugerida por una de las respuestas, que trata de subordinar la dispensa del reconocimiento médico a la condición de que la autoridad competente se haya convencido de que el trabajo a ejecutar, en las empresas de carácter no agrícola situadas en las cercanías del hogar del trabajador, no presenta un carácter peligroso ni es de naturaleza que pueda perjudicar a la salud de los trabajadores.

El problema de los menores se dejó a la suerte de las legislaciones nacionales, lo que no supuso una garantía de trato no discriminatorio para el trabajador indígena o asimilado. Además, lo que no puede esconderse tras ello, es la disparidad de los ordenamientos jurídicos respecto de la cuestión y el riesgo que ello conlleva. Sin duda, hubiera sido mucho más beneficioso establecer un límite medio determinado. También se dejó a la legislación nacional la cuestión relativa a la duración máxima de los contratos.

Sin duda, un acierto del convenio es afirmar la necesidad de que el trabajador preste su consentimiento cuando va a ser trasladado de empleador o de empresa, aunque no existía obligación de comprobar tal aceptación. La rescisión de los contratos tendría lugar por terminación o fallecimiento del trabajador, protegiendo los derechos de las personas a su cargo. Fuera de estas condiciones normales, la imposibilidad de ejecución de este por

¹⁵² Informe, 1939, p. 9.

cualquiera de las partes, consentimiento o requerimiento de una de ellas, también podían constituir causas de rescisión. Se añadieron, recibidas las opiniones de los Estados, ciertas estipulaciones sobre derechos del trabajador en materia de reparación de accidentes o de enfermedades.

Por lo que respecta a la repatriación, ésta correría a cargo del empleador salvo que la terminación contractual se debiera a otras causas, como la propia voluntad del trabajador. Las excepciones figuran en los artículos 13° y 14° (reproducción de las previstas en el «Convenio 50&»). Por insistencia de la oficina, dada la movilidad ya existente, no ya entre empresas o empleadores, sino más allá, de territorios, se planteó si conviniese plantear algunas reglas para el reparto de las responsabilidades entre las dos administraciones interesadas, cuando un contrato se ha celebrado en un territorio y el trabajador contratante había de ser empleado en otro. Así la cuestión «territorio de origen-territorio de empleo» conllevaba una serie de obligaciones y estipulaciones en las que el Informe tiene en cuenta la posibilidad de que el convenio no estuviera en vigor en ambos territorios. En el supuesto de que no esté el convenio en vigor a la vez en ambas partes, las obligaciones del funcionario de origen difieren; lo mismo que en el supuesto de que ninguno de los dos Gobiernos de los Estados hubiera procedido a ratificar el convenio.

Se estableció un reparto de responsabilidades: como norma general, al Estado de origen le competían las siguientes obligaciones: visado del contrato, reconocimiento médico, comprobación de la mayoría de edad, anotación de la transferencia en el contrato, duración, condiciones de rescisión, estipulaciones sobre la repatriación y duración de servicios estipulada en todo contrato de reajuste.

3.2.2.4. Recomendación complementaria

La cuestión de la duración máxima de los contratos había sido, por voluntad de los Estados, dejada a una remisión a las legislaciones nacionales, pero la Oficina consideró importante hacer alguna observación al respecto, a modo de indicación, «tanto sobre los criterios que deberían servir para determinar la duración máxima de los contratos, como sobre las duraciones máximas que deberían ser adoptadas».¹⁵³ Esta es una cuestión que, según se

¹⁵³ *Id.*, 20.

desprende de los *travaux préparatoires*, era de máximo interés para los Gobiernos de los Estados. De hecho, se realizó una recomendación al respecto, poco después de que se adoptara el texto final.

3.2.2.5. El texto final del convenio

Solo transcurrieron tres meses desde la presentación del anteproyecto hasta la adopción del texto final el día 8 de junio de 1939. A penas se diferencia del anteproyecto, quedando cuestiones de gran relevancia (bajo nuestro punto de vista) sin resolver internacionalmente y, así, dejadas a lo que las legislaciones nacionales previeron al respecto. Nos referimos a la cuestión de la duración del contrato o a la cuestión de la edad bastante para suscribir un contrato.

A. Las definiciones

El artículo 1º dedica cuatro apartados a las definiciones. Por más que la primera de las cláusulas de este convenio esté especialmente consagrada a ofrecer algunas, no hallamos, al igual que en el anterior, la de «indígena» o «asimilado a la población indígena». Al efecto nos remitimos a las consideraciones hechas respecto del «Convenio 50».

La época en la que el convenio se gestó, en el año de comienzo de la Segunda Guerra Mundial, estaba marcada casi por un continente dependiente de potencias europeas, como es el caso de África y otras muchas colonias en el continente asiático. El derecho internacional de las comunidades indígenas no contaba todavía con texto alguno de protección de los derechos de estas, ni con definición alguna. Ya hemos señalado que la primera y más relevante, es la de Martínez Cobos, no exenta de críticas. Habremos de entender, en consecuencia con lo expuesto, que la referencia al indígena es la más cercana al sentido etimológico del término.

En la letra b) de esta primera disposición ya se contempla cómo el propio indígena podía ser empleador, pues en algunas colonias (británicas, por ejemplo) se adoptó un sistema mixto de control de las actividades, no sólo laborales sino, por ejemplo, las fiscales o de recaudación de impuestos.¹⁵⁴

¹⁵⁴ Véase la *East Africa Hut Tax Ordinance* de 1903 y sus modificaciones.

B. Ámbito de aplicación

El convenio se aplicaba a la prestación de servicios a cambio de una remuneración que podía revestir diferentes formas a la dineraria, excluyéndose los de aprendizaje o cuando la remuneración fuera la de poder ocupar una tierra propiedad del empleador. El texto se muestra demasiado «complaciente» con el empleador, de manera que podían excluirse también de la aplicación de este, cuando el número de reclutados fuera limitado, con remisión a las legislaciones nacionales. Por otra parte, no se exigía siempre la formalización del contrato por escrito: precisaba su obligatoriedad dependiendo de la duración (igual o superior a seis meses) y de condiciones no habituales en la región de empleo para una labor similar.

C. Garantías contractuales

Los artículos 5º, 6º, 7º, 8º y 9º contienen estipulaciones relativas al contenido del contrato, que de todo punto parecen necesarias a efectos de establecer derechos y obligaciones de las partes en la relación jurídica. Además, se incluía la necesidad de que estuviera visado por un funcionario público habilitado a fin de comprobar no sólo los requisitos del artículo 5, la de que el trabajador indígena había aceptado sin coacciones o error en el contrato, que se había celebrado en la forma debida, que conocía el contenido del mismo, que se hallaba liberado de cualquier impedimento (otra relación contractual, por ejemplo) y se había cumplido con el obligado reconocimiento médico, a lo que hacía referencia el artículo 7º.

D. La cuestión del menor

No contiene el convenio disposición que estipule qué se entiende por menor. Existe remisión al efecto a «la legislación», sin más.

E. La duración del contrato

Al igual que lo anterior, tampoco fija una duración máxima del contrato¹⁵⁵ por voluntad de los Estados, si bien, en la «Recomendación 58&,se

¹⁵⁵ Véase el octavo artículo de este convenio.

indicó por parte de la OIT lo que se consideraría deseable. La cuestión pasa por tener en cuenta que una recomendación es *soft law* y, por tanto, no obliga. Por lo demás, las disposiciones del texto final realmente son las que se han comentado antes y, por tanto, se dan por reproducidas.

F. Recomendaciones

Al respecto debe tenerse en cuenta el hecho de que, mediante recomendación,¹⁵⁶ sin fuerza jurídica vinculante, la Conferencia de la OIT procedió a sugerir a los Estados que la duración del servicio a prestar por los trabajadores se fijara teniendo en cuenta dos factores: que el viaje o traslado al lugar de prestación fuera «largo y costoso» y que la familia acompañase a aquellos, de tal manera que, para el primer caso, de no ser costoso, se fijó en doce meses la máxima, debiendo ser menor si aquellos no estaban acompañados de sus familias y de dos años si así no fuera. No podría ser superior a estos dos años si el trabajador no estaba acompañado por su familia, ni de tres años si su familia lo acompañaba. A esta regla general seguirán las excepciones de que el empleador quisiera establecerse sin separarlos.

Por último, y en cuanto al periodo de descanso vacacional, se recomendó una semana si el contrato era de doce o más meses. Ello, bajo remuneración.

3.2.2.6. Consideraciones finales

Realizar hoy una crítica del primer convenio que se ocupa de los derechos laborales (y humanos) de los trabajadores indígenas, en tanto algunas de sus disposiciones trascienden el ámbito puramente laboral, se antoja una cuestión más compleja de lo que puede parecer a primera vista.

Pueden, desde luego, objetarse las cuestiones que hemos dejado apuntadas, como la de la falta de definiciones claras en aspectos relevantes. No se logró, en el año en que se adopta el «Convenio 64», que la comunidad internacional acordara lo que hasta casi un siglo después se ha logrado.

Desde luego, se trata de un texto hecho «unilateralmente» y sin la debida consulta al sector afectado. De un lado, por más que la esclavitud, como palabra, se hubiera desterrado en 1815, lo que representa tal hecho realmente

¹⁵⁶ Recomendación sobre los contratos de trabajo (trabajadores indígenas), 1939 (n. 58).

cambia para esconderse bajo otras formas (trabajos forzados existentes hasta hoy en día). El indígena dejó de ser esclavo, pero no recuperó su estatus anterior: el progresivo reconocimiento de los derechos de las comunidades indígenas es reciente en el derecho internacional y el único texto vinculante se debe a la loable labor de la OIT, el «Convenio 169» de 1989. La pérdida de sus tierras tras el fenómeno colonizador hizo que deviniera en súbdito de extraños y, con ello, lo que por derecho les pertenece.

Entendemos que este convenio debería interpretarse a la luz del tiempo en que se elabora y en especial teniendo en cuenta el sujeto al que va dirigido: las comunidades indígenas que se hallaban desprovistas de instrumentos jurídicos de protección de sus derechos. El que la OIT se ocupase del derecho a trabajar y, dentro del mismo, de la relación contractual en tiempos de dependencia de tantos estados respecto de las metrópolis, es un avance innegable para el derecho internacional.

Los acontecimientos internacionales acaecidos en el año de su adopción, 1939 (Segunda Guerra Mundial) y el nuevo derecho internacional surgido después de la misma, cambiaron notablemente el panorama de los Derechos Humanos. Sin embargo, este convenio permanecerá vigente hasta 2018 aunque realmente, en la práctica, muchas de sus disposiciones quedaron *de facto* desplazadas desde antes.

3.2.3. El «Convenio 107» sobre las poblaciones indígenas y tribales de 1957

En la cuadragésima reunión de la Conferencia Internacional de Trabajo celebrada en Ginebra en 1957 se comenzó a debatir lo que constituirá el primer texto *ad hoc* destinado a recoger y proteger los derechos de los pueblos indígenas, más allá del plano estrictamente laboral.

El sexto punto de la orden del día llevó como título: «Protección e Integración de las Poblaciones Indígenas y de otras Poblaciones Tribales y semitribales en los países independientes». Tal y como consta en el documento donde se recogen las opiniones vertidas por los Estados participantes, siguiendo lo estipulado en el artículo 39 del Reglamento de la Conferencia, se procedió a enviarles el texto de proyecto de convenio.¹⁵⁷ Con el resultado

¹⁵⁷ Enviaron respuestas los representantes de Afganistán, Albania, República Federal de Alemania, Argentina, Australia, Austria, Bielorrusia, Brasil, Bulgaria, Canadá, Ceilán, Costa Rica, Cuba, Checoslovaquia, Chile, Dinamarca, República Dominicana, Estados Unidos, Filipinas,

de estas se preparó un Informe que se muestra fundamental para entender las diferentes posturas adoptadas.

Llama de entrada la atención el hecho de que fuera Checoslovaquia,¹⁵⁸ quien hiciera la observación de que la OIT debería celebrar consultas con los representantes de dichas poblaciones acerca de los instrumentos propuestos. De otra parte, Estados Unidos advirtió que, dadas las circunstancias especiales de cada país, el texto propuesto no era conveniente a efectos de proteger a los pueblos indígenas. Israel cuestionó la competencia de la OIT sobre las materias sobre las que versa el convenio.

Poco tiempo después, en 1957, se aprobó el primer gran convenio sobre poblaciones indígenas y tribuales, cuyo ámbito de aplicación va más allá del marcado aspecto laboral de los anteriores: el «Convenio 107», cuyo estatus ya no es (como en los anteriores) dejado de lado, sino «superado» por el posterior número 169, pero que queda en vigor para los Estados que no han ratificado este último. Fue adoptado en la 40ª reunión del Comité celebrada en Ginebra el 26 de junio de 1957, y puede ser denunciado: 02 junio 2029 – 02 junio 2030, según nos indica el actual texto de la OIT.¹⁵⁹

Si bien antes hicimos referencia a lo que mantenemos que es fruto de la *Declaración Universal de los Derechos Humanos*, este convenio invoca la *Declaración de Filadelfia* al reproducir en uno de sus Considerandos, que todos los seres humanos tienen derecho a perseguir su bienestar material y su desarrollo espiritual en condiciones de libertad y dignidad, de seguridad económica y en igualdad de oportunidades.

El espíritu de este convenio era el de la integración de los indígenas en las sociedades en que viven, entendiendo que su *modus vivendi* impedía un

Finlandia, Grecia, Guatemala, Haití, Honduras, India, Indonesia, Irán, Irlanda, Israel, Japón, Jordania, Líbano, Luxemburgo, México, Noruega, Países Bajos, Pakistán, Polonia, Portugal, Reino Unido, Sudán, Suecia, Suiza, Túnez, Turquía, U.R.S.S., Unión Sudafricana, Uruguay, Vietnam y Yugoslavia. Se abstuvieron de formular comentarios, Austria, Dinamarca, Finlandia, Grecia, Noruega, Países Bajos, Suecia, Suiza y Uruguay puesto que en su opinión, en sus territorios no se «planteaba» esta cuestión, lo que no deja de ser significativo en el caso de Dinamarca (recordemos a los Inuits), Finlandia, Suecia y Noruega (en los tres estados habitan los Samis), Grecia, Países Bajos (por entonces existían colonias en Asia dependientes de tal estado en las que habitan comunidades indígenas), Suiza y Uruguay (es innegable igualmente que hay en tal país comunidades indígenas).

¹⁵⁸ Mencionamos este antiguo Estado, porque no cuenta con pueblos y comunidades indígenas.

¹⁵⁹ OIT. «Convenio 107. Convenio sobre poblaciones indígenas y tribuales». 1965.

mayor bienestar, una mejora de la calidad de vida y trabajo. De hecho, y como también se constata en el Preámbulo del texto, las disposiciones de éste se adoptaron con la colaboración de las Naciones Unidas, de la Organización de las Naciones Unidas para la Agricultura y la Alimentación, de la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura y de la Organización Mundial de la Salud. Este texto no fue sino fruto de las concepciones de la época en que se redacta y refleja un espíritu proteccionista tendente a la asimilación de esos pueblos con el resto de la sociedad, una integración que no fue sino rechazada por una parte importante de éstos.

Afirma MacKay (2002) que suponía una falta de respeto hacia la cultura e identidad indígena, lo que lo convirtió en una vergüenza para la OIT. A nuestro entender, no puede criticarse de forma tan negativa el convenio. Después de efectuar un análisis de los informes presentados por los distintos Estados, de haber leído tanto las peticiones del Comité de la OIT como la respuesta proporcionada por los Estados obligados por el mismo, creemos que habría que ser más benévolos al respecto. La Convención marcó un hito en cuanto a ser un texto que reconocía derechos fundamentales para estas comunidades (el derecho a la tierra y el respeto a sus costumbres) Y aunque Bodley (mencionado por Hanson) señala que «irónicamente los pueblos tribales «undisturbed» estaban bien antes de esta intrusión¹⁶⁰, no lo es menos que —como se pone de manifiesto en los Informes estudiados— pronto dejarían de estar a merced a intereses económicos de compañías extranjeras al explotar, con el consentimiento de los Estados, las riquezas naturales de sus tierras.

La época a la que pertenece está marcada por el gran movimiento anticolonial que luchaba por la independencia de las colonias frente a las metrópolis. La Conferencia de Bandung de 1955 fue, en este sentido, un importante hito. La emergencia de casi un centenar de estados a la comunidad internacional (fundamentalmente de África y Asia) influye directamente en el derecho internacional de la época. En África, precisamente, surgió un «nacionalismo» que pretendía resucitar una identidad que necesitaban recobrar. No es menos cierto que después de alcanzar este estatus de independencia rebrotan importantes diferencias entre los originarios de esos territorios que lleva a fuertes enfrentamientos y guerras civiles. El indígena

¹⁶⁰ Bodley, J. *Cultural Anthropology: Tribes, States, and the Global System*, mencionado por Hanson, E. (1957). en «What is the International Labour Organization Convention? », p. 107.

seguía siendo objeto de una infravaloración por parte de sus propios coterráneos. Del mismo modo, en América Latina, cuyos países habían alcanzado la independencia dos siglos antes del entonces Imperio español, ocurre un fenómeno semejante. Así, cuando hablamos de condiciones de subyugación, el dominador ya no es sólo la colonia sino el propio habitante que desprecia el modo de vivir y la cultura indígena, y esta cuestión perdura actualmente, de manera que los pueblos y comunidades indígenas son doblemente objeto de tal tratamiento: por una parte, de los descendientes del colonizador que quedó asentado definitivamente en muchos de esos territorios y, de otra, por parte de indígenas que han asimilado otra forma de vida.

Los países que ratificaron el convenio y para los que permanece en vigor son Angola, Bangladesh, Bélgica, Cuba, República Dominicana, Egipto, El Salvador, Ghana, Guinea-Bissau, Haití, India, Irak, Malawi, Pakistán, Panamá, Siria y Túnez. Fue denunciado automáticamente por el «Convenio 169» de la OIT por parte del resto de países que lo habían ratificado: Argentina, Bolivia, Brasil, Colombia, Costa Rica, Ecuador, México, Paraguay, Perú, y sin relación con el número 169, Portugal, en 2009.¹⁶¹ Al cierre de estas líneas, está en vigor en veinticuatro países. En cuanto a su ámbito de aplicación, este alcanza a las poblaciones tribales y semi tribales en los países independientes que viven en condiciones de vida que se consideran «menos avanzadas» que el resto de la colectividad en que habitan y reguladas por tradiciones y costumbres propias o ley especial.¹⁶² Además, proporciona una suerte de concepto, hoy más perfilado, de «indígenas»:

Personas que así son consideradas por el hecho de descender de poblaciones que habitaban en el país, o en una región geográfica a la que pertenece el país, en la época de la conquista o la colonización y que, cualquiera que esa su situación jurídica, viven más de acuerdo con las instituciones sociales, económicas y culturales de dicha época que con las instituciones de la nación a que pertenecen»¹⁶³, comprendiendo el término semitribal a los grupos y personas que, «aunque próximos a perder sus características tribales, no están aún integrados en la colectividad nacional».¹⁶⁴

¹⁶¹ «Ratificación del “Convenio 107” de 1957». (1959). OIT.

¹⁶² *Id.*, 1.1. (a).

¹⁶³ *Id.*, 1.1. (b).

¹⁶⁴ *Id.*, párrafo 2.

El objetivo de este se debería conseguir a través de la creación de programas que tendieran a colocar a estas comunidades en posición de igualdad con el resto de la población promoviendo su desarrollo e integración, para lo cual existe un mandato claro dirigido a los Estados de deber tomar en consideración sus particularidades y, buscando la colaboración de dichas poblaciones, ofrecerles oportunidades para tal desarrollo. El fin primordial es el mejoramiento de las condiciones de vida, pero teniendo en cuenta su derecho consuetudinario. El artículo 7º reza que: «Dichas poblaciones podrán mantener sus propias costumbres e instituciones cuando éstas no sean incompatibles con el ordenamiento jurídico nacional o los objetivos de los programas de integración» (el «problema» de este convenio). Pero resalta sin duda el precepto 11 cuando declara que «s e deberá reconocer el derecho de propiedad, colectivo o individual, a favor de los miembros de las poblaciones en cuestión sobre las tierras tradicionalmente ocupadas por ellas» o la prohibición de traslado involuntario a otros lugares distintos a sus tierras, lo que sólo se permite de forma excepcional y a cambio de hábitat similar.

En este estadio del presente trabajo sería temprano el señalar las diferencias con el «Convenio 169», pero creemos que es el objetivo de la «integración» el que resalta y de lo que exponemos a continuación, la falta de interés (notoria) de los Estados en su cumplimiento.

3.2.3.1. La puesta en práctica del convenio y su observancia por los Estados

El artículo 22 del texto constitutivo de la OIT prevé la obligación de cada Estado miembro de:

Presentar a la Oficina Internacional del Trabajo una memoria anual sobre las medidas que haya adoptado para poner en ejecución los convenios a los cuales se haya adherido. Así, lo que pretendemos a continuación es comprobar la aplicación del «Convenio 107» a través de los Informes presentados por el Comité con respecto al mismo.

A. La década de los sesenta

En general esta primera década de aplicación del convenio viene marcada, en un principio, por la negación de la realidad de la existencia

de comunidades tribales y semi tribales en Estados parte en el convenio y, después, de informaciones imprecisas o no lo suficientemente ilustrativas, a pesar de reiteradas peticiones por parte del Comité.

En efecto, cuando ciertos Estados presentaron sus respectivas observaciones en el que constituye el primer Informe sobre la aplicación del convenio (obligación estipulada como hemos mencionado arriba respecto de la totalidad de los convenios de la OIT), Bélgica, República Dominicana y Ghana reportaron que, si bien habían ratificado el «Convenio 107», ello no era sino una muestra de solidaridad, ya que en sus respectivos territorios no existían poblaciones indígenas (caso del de la Rep. Dominicana), tribales o aborígenes (en el de Bélgica) o ninguna de los tres (caso del de El Salvador y Ghana). Se trata del presentado en la presentado en la 45ª Sesión de 1961.

En el mismo Reporte, India informó haber procedido a efectuar relación de tribus y castas mediante la Orden de 1956 (que modifica la de 1959) a las que aplicaba el concepto que contiene el artículo 1º de la Convención a las mismas.¹⁶⁵ Hace notar que aquellas están tanto social como educacionalmente atrasadas en comparación al resto de la población, habiendo retenido su modo de vida y costumbres particulares. El número estimado de tal población marcada se nos muestra bien significativo: aproximadamente 22.5 millones.

Por parte de El Salvador se reportó que la mayoría de la población es mestiza o blanca siendo el resto (indígenas) una mínima parte en determinada zona del país, pero, aun así, remarcó que los mismos hablan el mismo idioma, profesan igual religión, derechos y oportunidades; en definitiva, no había discriminación ni estado de segregación.¹⁶⁶ Las observaciones efectuadas por estos Estados¹⁶⁷ respecto de que existía absoluta igualdad para todos, que no existían problemas de integración que concluyeran a que la Convención no fuera un instrumento práctico, condujeron a que en el Informe presentado en la siguiente sesión, se indicará, por parte del Comité, que hasta el momento no había sido bien entendido el significado y alcance de este convenio; en particular el artículo 1, párrafo 1 (a) de la Convención, que se refiere a poblaciones «cuyas condiciones sociales y

¹⁶⁵ Notificación del Ministry of Home Affairs Modification, New Delhi, 29th October 1956.

¹⁶⁶ I.L.C. «Informe III. Information and Reports on the Application of Conventions and Recommendations». (1961), p. 131.

¹⁶⁷ Se refiere directamente a Ghana, India y El Salvador.

económicas están menos avanzadas o cuyo estatus está total o parcialmente regulado por sus propias costumbres y tradiciones», considerando que esta expresión era lo suficientemente amplia y flexible como para dar cabida a una gran variedad de situaciones en las que se debían tomar determinadas medidas para promover el desarrollo de aquellas, teniendo en cuenta sus valores culturales. El Comité esperaba, con estas indicaciones, ayudar a que los Gobiernos tomaran medidas al respecto.¹⁶⁸

Pero aún persiste esa visión de inexistencia de desigualdades o discriminaciones, cuando a las observaciones efectuadas por los Estados antes mencionados, se suman las de Cuba y Haití, en el Reporte III (Parte I) de 1962, en el marco de la 46ª Sesión. Por parte de Cuba, se afirmó que la Convención es inaplicable *de jure y de facto*, dado que los pueblos indígenas a los que el texto se refieren *no existen* en la isla e invoca su Carta Magna para hacer notar que su artículo 20 prohíbe toda desigualdad y discriminación. Por lo que se refiere a Haití, nos encontramos igualmente con la afirmación de la inexistencia de esos grupos.

Como respuesta a la petición del Comité, efectuada a Ghana en 1963, este contestó que sus poblaciones tribales gozaban de los mismos derechos que el resto de la población. Y así consta en el Informe de la Sesión 48ª de 1964 (Informe III, parte I) señalando que estaba cumpliendo con las disposiciones del convenio, expresando que los comisarios de distrito que viven entre estas poblaciones aseguraban a tales poblaciones, el estar bien informados de sus deberes y derechos.¹⁶⁹

En esta misma sesión interviene Perú por primera vez, mencionando las normas vigentes en tal país (*Constitución*, Código Penal, Decretos Presidenciales relativos a la integración de las poblaciones indígenas, de 1959 y 1961 y Plan de Operaciones) para poner de manifiesto una clara preocupación por las cuestiones relativas a estas poblaciones. Admitiendo la existencia de este tipo de comunidades, describe que estas constituyen el 50% de la población del país; así como la existencia de un ministro de Trabajo y Asuntos Indígenas y de un Estatuto de Gobiernos de tales comunidades. Además, reconoce la necesidad de su integración acorde con sus propias costumbres. Otras cuestiones que resaltan son la implantación de un Estatuto de Gobierno de las Comunidades Indígenas, su derecho a la propiedad de la tierra

¹⁶⁸ Informe III, 1961, p. 104.

¹⁶⁹ *Id.*, pp. 264-265.

(ya fuere de forma individual o colectiva), un derecho inalienable según su constitución y, en fin, otra serie de disposiciones cuyo conjunto pone de manifiesto no sólo la admisión de la existencia de pueblos indígenas, sino de reglas protectoras de sus derechos y de instituciones de garantía y salvaguarda de los mismos que contrastan fuertemente con lo que hasta ahora habían reportado otros países.¹⁷⁰

En 1965, China presentó su primer informe en la sesión n.º 49.¹⁷¹ Extiende el ámbito de aplicación del convenio a las poblaciones de las islas de Taiwán y Lanyu. Siguiendo lo estipulado en la *Constitución*, se adoptó en Taiwán un programa especial cuyo objetivo era el de mejorar el nivel de vida de estas poblaciones, a fin de prepararlas y capacitarlas para su integración en la comunidad nacional. Sin perjuicio del respeto a su cultura y creencias, se creyó conveniente la toma de medidas tendentes al abandono (voluntario) de ciertas de estas costumbres, en la medida en que resultaban perjudiciales para la sociedad, al mismo tiempo que se apostaba por su escolarización y progresiva. Un ejemplo de respeto a sus costumbres es el señalado cuando informa que, en las regiones altas de Taiwán, eran sus propios habitantes quienes elegían sus jefes. Tenían treinta representantes en el Consejo del Condado y dos en la Asamblea Provincial. Las tierras tradicionalmente ocupadas por los mismos se calculaban en 1.528.400 hectáreas, *reserved lands*, siendo asignadas las parcelas según sus costumbres (tribales).

Una diferencia remarcable es que la propiedad de las tierras pertenece al Estado si bien estaban libres, en cuanto a su uso, de impuestos. En definitiva, el derecho que les correspondía era un derecho de usufructo.¹⁷² México también informó sobre la promoción educativa a través del Instituto Indígena Nacional construyendo escuelas de educación primaria y emprendiendo campañas de alfabetización. A la vez, señaló al Consejo Superior Tarahumara como ejemplo de organización de naturaleza indígena.¹⁷³ Otros Estados que procedieron a dar cuenta (aún mínima) respecto a las disposiciones del convenio, fueron Portugal, aunque simplemente para señalar que en Mozambique unos seis millones de habitantes vivían bajo derecho consuetudinario en 1960.¹⁷⁴ Siria informó que aplicaba la convención a pueblos tribales y semi tribales, de los que 210.000 eran nómadas y 130.000 seminómadas;

¹⁷⁰ *Id.* pp. 265 y ss.

¹⁷¹ *Id.* p. 278.

¹⁷² *Id.* p. 279.

¹⁷³ *Id.* p. 283.

¹⁷⁴ *Id.* p. 283.

con respecto a los beduinos, destacó que sus valores culturales eran muy similares a los de la población sedentaria, teniendo prácticamente iguales creencias y aquí resalta la existencia de una fanática solidaridad respecto a su riguroso modo de vida.¹⁷⁵ Finalmente, Túnez afirmó que en su territorio no existían poblaciones de carácter tribal o semi-tribal, al menos no en el sentido de la convención.¹⁷⁶

En la sesión de 1967 Argentina informa por primera vez acerca de los Jujuy, cuya forma de vida y condiciones sociales y económicas eran harto problemáticas. En el mismo documento, el Comité señaló que El Salvador, a pesar de peticiones reiteradas, aún no había informado sobre la aplicación del convenio, sobre sus pueblos indígenas, en particular sobre su colectivo más numeroso, los Pipiles, con un número aproximado era de 80.000 y que habitan en la provincia de Sonsonate. Hoy en día todavía viven en condiciones precarias.¹⁷⁷ Hay una pequeña referencia al respecto de la República Árabe Unida, que no proporcionaba información sobre la aplicación del convenio respecto de los indicados 100.000 beduinos de cuatro gubernaturas, sobre un total de población de 26 millones de personas. Y, en el siguiente y último informe de la década, Brasil indicó importantes progresos en cuanto a que la *Constitución* de 1967 otorgaba más garantías respecto al respeto al derecho de los aborígenes a la posesión permanente de sus tierras. A ello, se sumó la creación de la Fundación Nacional India.¹⁷⁸

B. La década de los setenta

Los informes de esta década siguen estando marcados por la aportación de informaciones por parte de los Estados, aunque no en la medida en que el convenio exigía y, diríamos, además, que fue nula por parte de algunos.

¹⁷⁵ *Id.* p. 284.

¹⁷⁶ *Id.* p. 286.

¹⁷⁷ En 1932 se produjo un levantamiento por parte de los campesinos. Fue reprimido militarmente por el Gobierno del General Maximiliano Hernández Martínez. Se estima que fallecieron entre 25.000 y 32.000 indígenas pipiles. A este suceso se achaca que muchos pipiles abandonaran su lengua y tradiciones, ya que la represión posterior llevó a muchos a ocultar su lengua e identidad cultural. Véase., entre otros: <https://www.culturalsurvival.org/news/resilience-and-resistance-nahuat-pipil-peoples-el-salvador>.

¹⁷⁸ ILO, «Informe III. Resumen de informes y propuestas ratificadas». International Labour Conference. 1969, p. 123.

Se reportaron las primeras violaciones de derechos de los sujetos objeto del convenio. Y así, en un lacónico informe final de década, se puso de manifiesto, por parte del Comité, su pesar respecto a la falta de cumplimiento del convenio, en especial en lo relativo a la creación de agencias especializadas para promover la integración de los pueblos y comunidades indígenas lo que impedía tener información adecuada de la situación necesaria a fin de valorar la correcta aplicación de la Convención y, reiteramos, la escasa información facilitada en los reportes, cuando no ausencia de los mismos.

Bolivia, en la sesión que marca el comienzo de esta década, informó ya sobre la aplicación de la Convención a los Aimara, a los Quechua (estos dos en proceso de integración), a los Chipaya y a otros pueblos, además de la existencia de un Banco Rural y un instituto lingüístico de verano, responsable de la educación de los habitantes del bosque del este de la región y de los profesores indígenas. A excepción de los Quechuas y Aimaras, reportó que algunos indígenas aún seguían su derecho consuetudinario. Cuestión curiosa es la de que no existe la noción de «territorio habitual» sino de asentamiento, (*settlement*).¹⁷⁹

Una importante observación se encuentra en el informe de 1974 respecto de la población indígena en el Ecuador, al que el Comité urgió a la ratificación de la Convención para asegurar que los nativos del este del país no se vieran tan afectados por la exploración y explotación de minas y dejara de persuadirlos para que abandonaran su aislamiento. Recuerda este Estado que el artículo 116 de la *Constitución* garantiza el usufructo y la propiedad colectiva de los indígenas de la tierra que poseen, tierra que no puede ser tomada por intereses privados ni transferida a otros. Pero la realidad se mostraba distinta y la mayoría de ellos vivían en lo que podría describirse como reservas.¹⁸⁰

En Paraguay, el Gobierno apostaba también por la integración a la civilización de las poblaciones indígenas, proporcionándoles educación y cuidados médicos (se llevaron a cabo campañas de vacunación a gran escala y centros de primeros auxilios). Se organizaron más de cuarenta asentamientos indígenas, mientras que se registraron varios miles de ciudadanos, organizando tales asentamientos, asegurándoles sus derechos, la práctica de sus creencias y ayudándoles, en definitiva, a mejorar su situación moral,

¹⁷⁹ ILO, «Informe III. Resumen de informes y propuestas ratificadas». International Labour Conference. 1970, p. 120.

¹⁸⁰ ILO. «Informe III. Summary of Reports on Ratified Conventions». (1979), p. 62.

económica y social, siguiendo el mandato constitucional. Otras acciones fueron las del establecimiento del Departamento de Asuntos Indígenas para recolección de la información necesaria para mejorar la legislación o elaborarla en aras a proteger y desarrollar su cultura. Además, tuvo lugar el Primer Congreso Nacional del 13 al 24 de agosto de 1959, y de la promulgación de un Código Laboral acorde a las estipulaciones de la Convención.

Junto a estas indicaciones se mencionan ciertas reclamaciones de tierras por parte de los pueblos y comunidades indígenas, no atendidas, resaltando la presentación ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos respecto a violaciones de los derechos de la tribu Ache-Guayaqui y la presentada ante la Subcomisión para la Prevención de la Discriminación y Protección de las Minorías de la Comisión de Derechos Humanos de NNUU. Sobre la cuestión paraguaya, el Comité OIT apreció las dificultades para una efectiva ayuda, derivadas del hecho de que estos grupos vivían dispersos y aislados, amén de las diferencias habidas respecto a sus tradiciones y lenguas.

En Perú, la puesta en marcha de un Decreto Legislativo (n.º 20.653 de 18 de junio de 1974) otorgó reconocimiento de personalidad jurídica a los nativos, reconociendo y garantizando el título sobre sus tierras.¹⁸¹

India y Pakistán ofrecieron información sobre la implementación del convenio en la sesión de 1974: el primero de ellos se pronunció al respecto a las nuevas normas tendientes a relevarlos de ciertas deudas y pagos, así como a la confección de un nuevo listado de castas. Por parte de Pakistán, se hizo referencia a la abolición de normas que prohíben a jefes tribales ciertas malas prácticas relacionadas con el trabajo libre.¹⁸²

En la sesión de 1979 («Informe III», Parte 4A), el Comité puso de manifiesto su pesar respecto a la falta de cumplimiento del convenio, en especial, sobre la creación de agencias especializadas para promover la integración de los pueblos y comunidades indígenas. No se tenía información adecuada de la situación, lo que era necesario a fin de valorar la correcta aplicación o su falta, de la Convención. Junto a ello, se observa la escasa información facilitada en los reportes cuando no ausencia de estos.

Nuevamente, encontramos una observación interesante relativa a Brasil: la preocupación derivada del hecho de que grupos indígenas aislados

¹⁸¹ *Id.*, p. 171.

¹⁸² *Id.*, pp. 191 y ss.

estaban expuestos a un contacto apresurado con la sociedad no indígena, afectando a su salud y su cultura. En la medida en que el ritmo de desarrollo de la región amazónica aumentaba, crecían casos en que grupos indígenas que habitan los bosques se veían afectados por la proximidad de carreteras, asentamientos y proyectos industriales (y de extracción de minerales) implementados en sus tierras. Por ello, la recomendación efectuada al Gobierno brasileño de que hiciera lo posible para minimizar el impacto, consultando tanto a los representantes de estas comunidades, como a antropólogos y a la Fundación Nacional Indígena.¹⁸³

En México se observa también una más activa participación de representantes indígenas: el Gobierno había proporcionado copias de sus reportes sobre la aplicación de la Convención a grupos de poblaciones indígenas para su información y comentarios, lo que fue un factor decisivo en el establecimiento de la Coordinación General del Plan Nacional para las Áreas Deprimidas y los Grupos Marginales (COPLAMAE), que coordinaba los programas de desarrollo que se estaban llevando a cabo por diversos organismos.¹⁸⁴

En Paraguay, el Comité puso de manifiesto que los títulos otorgados a ciertas misiones religiosas y organismos que estaban disponiendo la vida de los indígenas, impedían que el Gobierno supiera realmente cómo era la situación, por lo que debía ser más cauto en cuanto a su supervisión.¹⁸⁵

C. La década de los ochenta

De la sesión de 1980, celebrada en el marco de la 66ª conferencia («Informe III», parte 1) llama la atención la situación de Bolivia,¹⁸⁶ que seguía sin proporcionar información, de manera que el Comité, consciente de la gran diferencia existente entre las dos grandes partes del país, elaboró dos cuestionarios destinados al Gobierno y elaborados en base a las particula-

¹⁸³ *Id.*, p. 179.

¹⁸⁴ *Id.*, p. 180.

¹⁸⁵ *Id.*, p. 180.

¹⁸⁶ *Id.*, pp. 165 y 166.

ridades de los dos grandes grupos, los que viven en la Sierra¹⁸⁷ y a lo que viven en el bosque.¹⁸⁸

Nos parece llamativa la situación relatada respecto a Colombia, ya que el Comité observó que, en los últimos años, hubo varios conflictos entre el Gobierno y determinados grupos que trataban de ayudar a las poblaciones indígenas a disfrutar de sus derechos, en particular los derechos sobre las tierras.¹⁸⁹ El informe representado en la sesión de 1981 hace referencia, antes

¹⁸⁷ Para éstos, las preguntas a responder por el Gobierno fueron las siguientes: «Respecto al artículo 5. ¿Qué oportunidades se les están dando a las poblaciones indígenas para participar en la planificación de programas para su beneficio?, Artículo 7. ¿En qué medida se permite a las poblaciones indígenas, en virtud de la legislación nacional, conservar sus propios métodos y prácticas?, Artículo 10. ¿Qué medidas se han tomado para permitir y ayudar a las poblaciones indígenas a emprender acciones legales para la protección efectiva de sus derechos? Artículos 11 a 14. En relación con la revisión de la legislación de reforma agraria, ¿qué medidas se están tomando para tener en cuenta las necesidades especiales de las poblaciones indígenas? Además, y siguiendo lo dispuesto en los artículo 4º y 5, el Comité ha tomado nota de las denuncias formuladas en un informe de la Sociedad contra la Esclavitud del Grupo de Trabajo Especial de las Naciones Unidas sobre la Esclavitud de 1977, en referencia a todos los grupos indígenas del país, sobre el endeudamiento forzoso de los grupos indígenas, el trabajo forzoso en las plantaciones de caucho, las condiciones de transporte y de trabajo de los trabajadores migrantes, los trabajadores agrícolas y los mineros, muchos de los cuales son miembros de las poblaciones indígenas, y la libertad de asociación entre estas poblaciones, se solicitó al Gobierno que proporcione información detallada sobre las condiciones de trabajo de estos trabajadores. En relación con los artículos 20 y 21 o 24 se remite a las preguntas efectuadas al segundo grupo de poblaciones tribales que viven en los bosques.

¹⁸⁸ Respecto a este segundo grupo, son: respecto a la aplicación de los artículos 2. 3 y 27. El Comité había tomado nota de la declaración del Gobierno de que no ha podido tomar medidas directas en favor de las poblaciones indígenas y ha delegado ciertas funciones al Instituto de Lingüística de Verano, una organización misionera y lingüística. También señaló que no existe una agencia gubernamental con la responsabilidad general de supervisar o implementar programas que involucran poblaciones tribales que habitan en los bosques, que actualmente son llevadas a cabo por varios organismos gubernamentales y grupos misioneros sin ninguna coordinación. Sugirió que las medidas adoptadas recientemente en otros países podrían servir como modelo para dicha agencia, y que este podría ser un tema apropiado para consultar con la Oficina Internacional del Trabajo. Respecto al artículo 11, el Comité solicitó información sobre varias conjeturas sobre la protección de las poblaciones indígenas contra las invasiones de sus tierras por parte de los colonos, incluido un esquema propuesto de asentamiento a gran escala en las áreas ocupadas por ellos, indicaciones de cómo se está aplicando la legislación actual destinada a protegerlos, e información sobre los cambios propuestos en la legislación actual. En relación con el artículo 15, teniendo en cuenta que estas poblaciones ingresan cada vez más al mercado laboral, la Comisión agradecería al Gobierno que indique qué medidas especiales se han adoptado para su protección, tal como lo establece el presente artículo. Por lo que respecta al artículo 20. ¿Qué servicios de salud son provistos por el Gobierno o por grupos misioneros? Y por último en referencia a los artículos 21 a 24. ¿Qué servicios educativos presta el Gobierno o grupos misioneros, y cómo coordina el Gobierno tales actividades?.

¹⁸⁹ *Id.*, p. 166.

de entrar a valorar el estado de cumplimiento del convenio, a que las copias de los informes recibidas por los Estados americanos también se enviaron al Instituto Indigenista Interamericano de la Organización de los Estados Americanos en el contexto de la colaboración de la OIT y en el marco de la implementación del 5º año del Plan de Acción Indígena Interamericano de esta Institución.¹⁹⁰ En el mismo y respecto a Bolivia se repite la petición de respuestas a las preguntas efectuadas en la sesión anterior, oportunamente dividida.

Ya en 1982, en la 68ª Sesión («Informe III», partes 1, 2 y 3)¹⁹¹ nos parece remarcable la observación de la Comisión, que recuerda que es responsabilidad del Gobierno, en virtud de la Convención, adoptar medidas especiales para la protección de las instituciones, las personas, los bienes y el trabajo de estas poblaciones y proteger sus culturas, costumbres y religiones. De la información disponible se desprende la inexistencia de un organismo central con autoridad suficiente para coordinar las medidas y políticas adoptadas por las provincias y para asegurar que tuvieran objetivos compatibles con los objetivos de la Convención.¹⁹²

Con respecto a Bolivia, continuaría la exacta situación reflejada en los dos Informes anteriores: falta de información y respuesta a las preguntas/ cuestionarios solicitados.¹⁹³ La situación en Brasil continuó agravándose por la invasión de empresas en tierras indígenas y el consiguiente desplazamiento de estas.¹⁹⁴ En lo que a Ecuador respecta, resalta la consideración del Comité de que las medidas a tomar para proteger sus tierras, vida y cultura debían hacerse en consulta con sus representantes.¹⁹⁵

En la sesión del año siguiente, el Informe acerca de la implantación y cumplimiento del «Convenio 107» comienza con Bangladesh, donde se produjeron importantes enfrentamientos violentos en el área llamada Chittagong Hill Tracts en la que habitaban 13 grupos tribales.¹⁹⁶ Aunque se incluyeron referencias a Bolivia, Pakistán y Colombia, realmente no aportan novedad alguna. En Paraguay, por lo que a los derechos sobre las tierras

¹⁹⁰ ILO. «Informe III. Report of the Committee of Experts on the Application of Conventions and Recommendations». (1981), p. 62.

¹⁹¹ ILO. «Informe III. Summary of reports». (1982), p. 68.

¹⁹² *Id.* p. 184.

¹⁹³ *Id.* pp. 184 y 185.

¹⁹⁴ *Id.* p. 186.

¹⁹⁵ *Id.* p. 186.

¹⁹⁶ ILO. «Informe III. Summary of reports». (1983), 1, 2 y 3.f.

respecta, se celebró la adopción de una Estatuto sobre las Comunidades Indígenas (n° 901 de 10 de diciembre de 1981). Esta nueva legislación contenía disposiciones que preveía procedimientos para permitir que las poblaciones indígenas adquiriesen el título de las tierras. Por la importancia del derecho a estas para su supervivencia, el Comité pidió al Gobierno que proporcionara información sobre el número de parcelas registradas en nombre de las comunidades indígenas, así como del número de solicitudes de registro recibidas.¹⁹⁷

La 70ª sesión de 1984¹⁹⁸ viene marcada por la observación de que Bolivia finalmente había respondido a las peticiones del Comité, aunque observó con preocupación el que el Gobierno informase de su intención de enmendar la Ley de Servicios Viales, ya que provocaría la imposición de trabajo obligatorio para el mantenimiento de carreteras a todas las poblaciones rurales; pero se promulgaría la Ley General del Trabajo y la legislación de Seguridad Social para extender su cobertura a los trabajadores agrícolas y forestales, que hasta el momento, no estaban protegidos por ninguna legislación.¹⁹⁹

En Brasil,²⁰⁰ el Comité puso énfasis en los planes para incrementar las consultas con las comunidades y líderes indígenas sobre los proyectos de desarrollo que los afectaban, esperando que el Gobierno siguiera llevando a cabo las oportunas consultas. Con respecto a la tierra, el Comité volvió a remarcar el lento avance en la demarcación de las tierras indígenas y la continua invasión de estas tierras por parte de no indígenas, pidiendo al Gobierno que aumentara sus esfuerzos para garantizar que los indígenas pudieran seguir teniendo pleno acceso a sus tierras. Además, se puso de manifiesto que grandes áreas habían sido arrendadas a no indígenas en contravención con el Estatuto del Indígena y el artículo 11 de la Convención.

Panamá fue objeto de observación resaltando, en particular, la comunicación a los representantes indígenas de las memorias del Gobierno sobre la aplicación de la Convención para sus comentarios, tomando nota de los esfuerzos realizados para delimitar las áreas reservadas y garantizar la posesión continua de tierras a las poblaciones indígenas y los estudios realizados

¹⁹⁷ *Id.*, p. 200.

¹⁹⁸ ILO. «Informe III. Summary of reports». (1984).

¹⁹⁹ Cf. *Id.*, p. 252.

²⁰⁰ *Id.* p. 252.

en este sentido, que ponían de manifiesto las dificultades existentes para intentar resolver esta delicada cuestión.²⁰¹

Un año después, en 1985,²⁰² comprobamos el desplazamiento de los grupos tribales de Chittagong Hills en Bangladesh con fuertes enfrentamientos. En Brasil se dieron problemas similares de asentamiento de foráneos en las tierras de los Yanomami. La ocupación de su territorio provocó que el FUNAI tuviera que intervenir rápidamente, con la ayuda de las fuerzas federales, los invasores fueron expulsados y los líderes arrestados

En 1986,²⁰³ la situación con los Chittagong²⁰⁴ o los Yanomami en la Amazonía se agravó. En relación con estos, la Comisión Interamericana falló en contra del Estado brasileño recomendando cumplir las indicaciones que el Grupo de Trabajo había dado sobre la debida paralización de ciertas acciones que se estaban llevando a cabo en el Río Negro y que afectaban a sus tierras.²⁰⁵

En la 73ª sesión de 1987 resalta de nuevo el desplazamiento y acaparamiento forzoso de las tierras de las comunidades peruanas en los distritos de Raymondi, provincia de Atalaya y del Departamento de Ucayali.²⁰⁶ La falta de demarcación de las tierras indígenas en Bolivia resalta en la 75ª sesión²⁰⁷ junto a la reestructuración de la FUNAI en Brasil mediante Decreto n.º 92.740, de 18 de marzo de 1986 y, aunque según la información enviada, desde 1910 a 1984 un total de 12,118,840 hectáreas de tierras ancestrales fueron demarcadas, la situación de los Yanomami distaba de mejorar, ya que, al estar asentados en la zona fronteriza, no podían conservar sus tierras, al estar definida tal área como «zona ecológico-militar». Además, se hizo referencia a la Resolución n.º 12/85 de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, adoptada el 5 de marzo de 1985, relativa a alegaciones llevadas a cabo contra el Gobierno de Brasil y presentadas ante ese órgano (Caso n.º 7615) por la *International Confederation of Free Trade Unions*. El Co-

²⁰¹ Cf. *Id.*, p. 252.

²⁰² ILO. «Informe III. Summary of reports». (1985).

²⁰³ ILO. «Informe III. Summary of reports». (1986).

²⁰⁴ Cf. *Id.*, p. 256. Una decisión de 4 de febrero de 1986 de la Supreme Court of India reconoció el problema de los desplazados a quienes se debía otorgar tierras de similares características.

²⁰⁵ Cf. *Id.*, p. 256

²⁰⁶ ILO. «Informe III. Summary of reports». (1987).

²⁰⁷ ILO. «Informe III. Summary of reports». (1988).

mité tomó nota de que se había llegado a la conclusión de que el Gobierno no había adoptado medidas oportunas y eficaces, lo que había dado lugar a violaciones de los derechos de los yanomamis: existía el deber de proceder a la creación del parque Yanomami y no se había cumplido. Sus tierras y las de Rio Negro fueron tomadas para explotación económica, dañando gravemente su hábitat. Proyectos como el de la presa de Sardar Sarovar Dam harían desplazar a un millón de personas. Similar panorama se describió en el Perú, donde la Asociación Interétnica para el Desarrollo de la Selva Peruana (AIDSESP), afirmó en su comunicación que las tierras de varias comunidades indígenas del distrito de Raymondi, en la provincia de Atalaya del departamento de Ucayali, fueron invadidas «y tomadas por la fuerza por gran número de colonos, en violación de lo dispuesto en los artículos 11 y 12 del convenio, sin intervención alguna del Gobierno», situaciones que se repiten en la posterior sesión de 1989, la 76ª.

En este año de 1989, una importante convención se aprobaría en el marco de la OIT, que por su importancia pasamos a estudiar. Hemos hecho una detallada mención de los hechos más remarcables de cada año, pues se trata del primer gran convenio de carácter integrador (la letra del texto así lo confirma). Sirvió para dar un gran impulso al reconocimiento de los derechos de los indígenas sobre sus tierras. En los informes mencionados se nos muestra que la OIT persigue el objetivo de proteger la identidad dentro de dicha integración. El trabajo del Comité es loable en este aspecto, al indicar a los Gobiernos respectivos el cumplimiento defectuoso de las disposiciones relativas a la protección de los derechos de los pueblos y comunidades indígenas. Las peticiones de información a diferentes Estados no quedaron siempre desatendidas y se percibe, lentamente, un avance en el respeto a sus derechos. Sirvieron, además, para identificar los problemas más acuciantes sufridos en comunidades que después recurrirán a los órganos de protección de los Derechos Humanos, como la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en el área latinoamericana.

Fue el primer gran convenio y muchos Estados no lo ratificaron, negando una realidad como es la de la existencia de estos grupos en sus jurisdicciones, pero supuso, a nuestro juicio, un paso importante (otro) que no podemos dejar de reconocer en favor de la OIT y que mejoraría el siguiente «convenio 169».

3.2.4. El «Convenio 169» sobre pueblos indígenas y tribales

Según consta en el «Informe II: New standards adopted by the Conference in 1989» presentado en la 77ª sesión de 1990, «la Conferencia Internacional del Trabajo, tras decidir adoptar diversas propuestas para la revisión parcial del convenio sobre poblaciones indígenas y tribales de 1957, adoptó el “Convenio sobre pueblos indígenas y tribales” en 1989 (n.º 169)». En el párrafo 62 se puede leer:

El Comité toma nota [...] con interés de la petición dirigida al director general para que elabore programas y proyectos de cooperación técnica que beneficien directamente a los pueblos interesados, abordando la grave pobreza y el desempleo que les afectan, incluidos planes de generación de ingresos y empleo, desarrollo rural, formación profesional, promoción de la artesanía y de las industrias rurales, programas de obras públicas y tecnologías apropiadas.

El «Convenio 169»²⁰⁸ se aprobó con fecha 26 de junio de 1989 como resultado de la revisión del anterior «Convenio 107», de 1959. Como se destaca en su preámbulo, el panorama había cambiado ostensiblemente desde este año. Así, dice:

La evolución del derecho internacional desde 1957 y los cambios sobrevenidos en la situación de los pueblos indígenas y tribales en todas las regiones del mundo hacen aconsejable adoptar nuevas normas internacionales en la materia, a fin de eliminar la orientación hacia la asimilación de las normas anteriores.

Se aparta, pues, del carácter integrador del anterior y reconoce la situación de discriminación de los pueblos y comunidades indígenas, sujetos de derechos individuales y colectivos, propios de estos grupos. Destacan en esta parte introductoria postulados básicos del convenio, como el reconocimiento de:

Las aspiraciones de esos pueblos a asumir el control de sus propias instituciones y formas de vida y de su desarrollo económico y a mantener y fortalecer sus identidades, lenguas y religiones, dentro del marco de

²⁰⁸ OIT. «Convenio, 169. Sobre pueblos indígenas y tribales». (1989).

los Estados en que viven, la dificultad de mantener sus «leyes, valores, costumbres y perspectivas.

Se trata de un documento dividido en diez partes, con un total de 44 artículos. En la Parte I, «Política General» (artículos 1º a 12º) hallamos su ámbito de aplicación sin que haya definición alguna. Es más, excluye, en el artículo 1.3., que la palabra «pueblos» se pueda interpretar en el sentido de que tenga implicación alguna en lo que atañe a los derechos que pueda conferirse a dicho término en el derecho internacional. Lo que sí aporta es el elemento auto consideración como indígena, elevando a una posible definición el elemento conciencia de la identidad (indígena o tribal) como «criterio fundamental» para determinar los grupos a los que se aplican sus disposiciones. Un mandato a los Gobiernos de los Estados, encontramos en el artículo 2, en el que se proclama la responsabilidad de aquéllos de desarrollar acciones coordinadas con los pueblos indígenas a fin de proteger sus derechos y garantizar su integridad, lo que requiere la adopción de determinadas medidas que aseguran la igualdad, la plena efectividad de los derechos e identidad, eliminando diferencias socio económicas.

Proclama el respeto a sus formas de vida, a su cultura y el deber de adoptar medidas que no contraríen estas, adoptándose, además, según su criterio, consultándoles «cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente»²⁰⁹ «de buena fe y de una manera apropiada a las circunstancias, con la finalidad de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento acerca de las medidas propuestas».²¹⁰ El antecedente del artículo 6º se halla en el 5 del «Convenio 107» y hace referencia a:

- (a) buscar la colaboración de dichas poblaciones y de sus representantes;
- (b) ofrecer a dichas poblaciones oportunidades para el pleno desarrollo de sus iniciativas o (c) estimular por todos los medios posibles entre dichas poblaciones el desarrollo de las libertades cívicas y el establecimiento de instituciones electivas, o la participación en las instituciones.

En los trabajos preparatorios del convenio, hallamos un cuestionario que se había ofrecido a los Estados «Sobre el deber de consulta previa, libre e informada». Se trata de las preguntas 19 y 20. La pregunta 19 se formuló en

²⁰⁹ Cf. *Id.*, artículo n.º 6.

²¹⁰ *Id.*

los siguientes términos: «¿Se considera que el artículo 5º debería sustituirse por una disposición que exija de los Gobiernos que, cuando sea posible, celebren consultas con los pueblos en cuestión o con sus representantes, si los hay, siempre que se estudien medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles?»²¹¹ Respecto a esta, Ecuador, Estados Unidos, RSS de Ucrania y la URSS votaron negativamente. La pregunta 20 fue: «¿Se considera que estas consultas deberían celebrarse de manera que se confiera a estos pueblos la posibilidad efectiva de intervenir en las decisiones sobre tales medidas?». Obtuvo la negativa de Ecuador. Se debatieron, además, los conceptos de consentimiento, consulta, cooperación y participación. Tal era la importancia de la modificación que se estaba gestando.

El resultado final no parece que convenció a los representantes del Grupo Internacional del Trabajo sobre Asuntos Indígenas. Merece la pena transcribir la declaración de Venne: «representante del Grupo Internacional del Trabajo sobre Asuntos Indígenas):

En el proyecto de convenio hay toda una serie de violaciones de los objetivos principales, a saber: [...] En segundo lugar, se niega el consentimiento a los pueblos indígenas. Uno de los principios fundamentales del texto propuesto es la necesidad de respetar a los pueblos y a las culturas indígenas. Y, sin embargo, el artículo 6º sólo prevé consultas con los pueblos indígenas cuando los Gobiernos tomen medidas que nos afecten directamente. Si afirma el principio del consentimiento de los pueblos indígenas en el proyecto de convenio propuesto, nuestras vidas y territorios seguirán estando expuestos a la destrucción por obra de los Gobiernos.²¹²

Este deber de consulta previa y participación es clave en el convenio y luego será desarrollado por la jurisprudencia y por la *Declaración* de 2007. El artículo 8 abre la puerta a la aplicación de su propio derecho, al fuero indígena. Los preceptos siguientes, el 9 y 10, permiten que adopten una forma de castigo (en caso de vulneración de sus normas) conforme a sus costumbres. Ello, con el límite del respeto a los derechos fundamentales definidos por el sistema jurídico nacional y con el de los Derechos Humanos internacionalmente reconocidos. En el caso de imponerse una pena por el régimen general, estatuye el artículo 10 que «deberá darse la preferencia a

²¹¹ Huaco Palomino, M.A. (2015). *Los trabajos preparatorios del «Convenio 169» sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes*. Fundación Konrad.

²¹² *Id.*, p. 149.

tipos de sanción distintos del encarcelamiento». A todo ello nos referiremos posteriormente en epígrafe específico, en el que añadimos su desarrollo legislativo y jurisprudencial.

La parte II, «Tierras» (artículos 13° a 19°) guarda una importancia especial en este convenio. En su gestación hubo un gran debate que giró en torno a varias cuestiones conexas pero independientes como las de «tierra-territorio», su pertenencia (incluyendo la propiedad comunal), su inalienabilidad y el derecho a su restitución, su significado y alcance material.

Entender el binomio tierra-territorio pasa por tener en cuenta que determinados pueblos y comunidades viven en diferentes Estados vecinos, como los Sami (en Noruega, Suecia, Finlandia y la Federación Rusa) o los Inuit (en Estados Unidos-Alaska y la Federación Rusa), y por reconocer que el significado de la primera acota en buena medida la extensión del espacio en que viven (piénsese por ejemplo en territorios helados). Así, se entiende la observación de la Federación Suiza de Sindicatos Cristianos:

El término «tierras» no incluye ni las aguas ni los hielos marinos; el término «territorios» es más pertinente para la situación de poblaciones que pueden muy bien vivir a ambos lados de una frontera nacional. Sin menoscabo de su soberanía nacional, en estos casos debería invitarse a los Estados interesados a que concluyan acuerdos facilitando la libre circulación de estas poblaciones.²¹³

Igualmente, merece la pena transcribir la observación, nuevamente, de Venne, del Grupo Internacional del Trabajo sobre Asuntos Indígenas:

En primer lugar, en el proyecto de convenio se estipula el respeto de la relación que tenemos con nuestras tierras y nuestros territorios, pero luego se propone una definición inaceptablemente ambigua del término «tierras», en una forma que puede menoscabar nuestros derechos territoriales. En segundo lugar, sólo los derechos a la tierra basados en la ocupación presente, y no en la ocupación pasada, se reconocen explícitamente. En tercer lugar, el artículo 15, párrafo 2, probablemente abrirá la puerta a todo tipo de explotación de los recursos en las tierras indígenas por los Gobiernos, sin el consentimiento de los pueblos indígenas. Con ello, el artículo 15, párrafo 2, puede invalidar toda garantía de proteger realmente nuestros derechos a la tierra, con arreglo al artículo

²¹³ Huaco Palomino, 2015, p. 219.

14, párrafo 2, y esto traería consigo una aplicación retrógrada y regresiva del «Convenio 107». Sentimos rabia y amargura, por el trato que dio el grupo de los empleadores a nuestros derechos a la tierra y a los recursos en la Comisión tripartita. Ese grupo intentó constantemente limitar, y negar, el pleno reconocimiento de nuestros derechos a la tierra, a los recursos y en otros campos. Es difícil entender esta insensibilidad y esta oposición persistentes. La visión mezquina que tienen los empleadores de sus intereses propios hace que el proyecto de convenio sea deficiente y esté abocado al fracaso».²¹⁴

El resultado final de los debates se plasma en una disposición que combina la expresión tierra-territorio, el significado espiritual de esta y de la totalidad del hábitat, estando, todo ello, íntimamente ligado con el derecho a la libre determinación. Esta disposición está relacionada con el artículo 14º y la propiedad comunal, su inalienabilidad, el derecho a su restitución y el deber de limitación de las tierras indígenas, con el artículo 15º y el derecho a los recursos naturales, objeto de especial protección sobre el que se estatuye el derecho a la participación en el uso, la administración y su conservación.

En el segundo párrafo de este artículo nos encontramos con la posibilidad de que un Estado haya declarado la propiedad sobre los minerales o recursos del suelo y subsuelo, lo que merma el derecho de propiedad. Aquí, se reconoce la participación en beneficios derivados de su explotación y la indemnización por daños resultantes de la explotación de tales recursos.²¹⁵ Los debates en torno a la redacción de este precepto no fueron nada pacíficos, lo que se pone de manifiesto en las palabras de la consejera técnica de los trabajadores del Canadá: «Nadie está satisfecho con el proyecto de convenio resultante» o «incluso si este es el mejor resultado que hemos podido obtener en este foro, ello no significa que nosotros, como pueblos

²¹⁴ *Id.*, p. 222.

²¹⁵ «Artículo 15. 1. Los derechos de los pueblos interesados a los recursos naturales existentes en sus tierras deberán protegerse especialmente. Estos derechos comprenden el derecho de esos pueblos a participar en la utilización, administración y conservación de dichos recursos. 2. En caso de que pertenezca al Estado la propiedad de los minerales o de los recursos del subsuelo, o tenga derechos sobre otros recursos existentes en las tierras, los Gobiernos deberán establecer o mantener procedimientos con miras a consultar a los pueblos interesados, a fin de determinar si los intereses de esos pueblos serían perjudicados, y en qué medida, antes de emprender o autorizar cualquier programa de prospección o explotación de los recursos existentes en sus tierras. Los pueblos interesados deberán participar siempre que sea posible en los beneficios que reporten tales actividades, y percibir una indemnización equitativa por cualquier daño que puedan sufrir como resultado de esas actividades».

indígenas, lo aceptamos, especialmente porque no hace nada en favor nuestro el resultado final».²¹⁶

El artículo 16° hace referencia a otro problema abordado en los tribunales, como es el del desplazamiento de los pueblos y comunidades indígenas. El traslado de sus tierras y reubicación está prohibido en principio, pues el párrafo 2 admite excepciones, lo que requiere, en cualquier caso, de su consentimiento, posibilidad de regreso, ubicación en tierras de iguales características y de igual estatus jurídico y la indemnización derivada de la pérdida o daño consecuencia del desplazamiento.

Las disposiciones contenidas en los artículos 13° a 16°, referentes a las «Tierras» serán objeto de numerosa jurisprudencia a la que prestaremos atención en la Segunda Parte de este trabajo. Los artículos 17° y 18° (modalidades de transmisión de la tierra y el deber de protección de los territorios indígenas) coronan esta parte dedicada a las Tierras que tanto debate produjo en los trabajos preparatorios. El artículo 20 abre la tercera parte de esta Convención, «Contratación y Condiciones de Empleo», con una única disposición que es reflejo de la labor principal de la OIT en lo que se refiere a las condiciones laborales de los trabajadores indígenas y a su intento de evitar la discriminación. Esto se amplía en otras disposiciones que encontramos en la cuarta parte, «Formación Profesional, Artesanía e Industrias Rurales» (artículos 21° a 23°) que se ocupa de los medios de formación (artículo 21°) o de la participación en programas –adecuados– de formación profesional (artículo 22°). En este ámbito de actividades, el artículo 23 reconoce que:

La artesanía, las industrias rurales y comunitarias y las actividades tradicionales y relacionadas con la economía de subsistencia de los pueblos interesados, como la caza, la pesca, la caza con trampas y la recolección, deberán reconocerse como factores importantes del mantenimiento de su cultura y de su autosuficiencia y desarrollo económicos.

En la quinta parte (artículos 24°-25°) se establece el acceso sin discriminación a los regímenes de seguridad social (art. 24°) y servicios de salud adecuados y coordinados (artículo 25°). La sexta parte, «Educación y Medios de Comunicación», contiene disposiciones relativas al acceso a la educación y al sistema educativo general (artículos 26° y 27°). El Consejo Mundial

²¹⁶ Huaco Palomino, 2015, p. 261.

de Pueblos Indígenas había efectuado una declaración en el marco de las discusiones del artículo 26, por la cual se entendía que «estos programas debían asegurar que se enseñe a los niños en cuestión en un contexto indígena apropiado, presentándose atención al uso de su idioma, contenidos, entorno físico y, aún más importante, a las necesidades y aspiraciones de los pueblos en cuestión», lo que se refleja en el artículo 28º (derecho a recibir educación en su lengua que deberán preservarse) y en el artículo 29º, con la inclusión del reconocimiento del objetivo de la educación de los niños, lo que pasa por el fin de que obtengan «conocimientos generales y aptitudes que les ayuden a participar plenamente y en pie de igualdad en la vida de su propia comunidad y en la de la comunidad nacional». Y atendiendo a estos artículos 20 a 29, el artículo 30 proclama que:

Los Gobiernos deberán adoptar medidas acordes a las tradiciones y culturas de los pueblos interesados, a fin de darles a conocer sus derechos y obligaciones, especialmente en lo que atañe el trabajo, a las posibilidades económicas, a las cuestiones de educación y salud, a los servicios sociales y a los derechos dimanantes del presente convenio.

Finaliza la parte sexta del convenio con una alusión directa a la eliminación de prejuicios a través de la educación. Como hemos señalado antes, no es algo extraño que estos pueblos o comunidades habiten en el territorio de dos Estados. En este sentido, la Parte séptima, con un único artículo, el 32º, atiende a que los Gobiernos adopten medidas de cooperación y mantenimiento del debido contacto transfronterizo.

Las relaciones entre el «Convenio 107» y el 169, fueron objeto de debate a partir de dos preguntas que reproducimos: «Pregunta 76. ¿Se considera que la ratificación por un Miembro del convenio revisado debería implicar *ipso jure* la denuncia inmediata del «Convenio 107»? Y: «Pregunta 77. ¿Se considera que el «Convenio 107» debería cesar de permanecer abierto a nuevas ratificaciones cuando el convenio revisado entre en vigor?» La respuesta afirmativa a ambas fue absoluta (26 de 27, y 25 de 26, respectivamente). La Parte décima, «Disposiciones Finales» (artículos 36º a 44º) regula estas cuestiones junto con la entrada en vigor y ratificaciones.

Si bien hemos señalado antes que las disposiciones relativas a las tierras han sido objeto de numerosa jurisprudencia, podemos afirmar que prácticamente todo el convenio lo es, bien a nivel regional o nacional. El significado

de este texto ha sido desarrollado por un buen número de normas internas de los Estados y precisado por la jurisprudencia. En la segunda parte del presente trabajo comprobaremos cómo, al final, una interpretación amplia de la cultura abarca gran parte de las disposiciones del «Convenio 169». El derecho a aquella, ya proclamado en el *Pacto de los Derechos Civiles y Políticos*, es un perfecto complemento para el desarrollo y la mejora en la implantación de las normas necesarias a nivel doméstico. El derecho a sus tierras, a mantener su identidad y que esta sea respetada, a la igualdad y no discriminación, a tener voz en las decisiones y a la libre determinación son ejes básicos de las disposiciones de este texto que, en 2007, se vería reforzado con la aprobación de la *Declaración de los Derechos de los Pueblos Indígenas*. Pero la ratificación del «Convenio 169» se ha producido por pocos Estados de la sociedad internacional, exactamente por 24, como antes se dijo, a la fecha de estas líneas. No satisfizo en su día las aspiraciones de los representantes de los pueblos indígenas, quejosos de su falta de participación real. Crate, representante de la Organización Internacional para el Desarrollo de los Recursos Indígenas, dijo:²¹⁷

Quiero recordar a estos Estados que los tratados con nuestras naciones fueron firmados porque ustedes necesitaban nuestra aprobación, nuestra asistencia, nuestra cooperación, nuestra tierra, nuestros recursos, nuestra amistad y nuestra confianza. Esos Estados vinieron a pactar con nosotros en virtud del Derecho Internacional. Ustedes reconocieron entonces nuestra soberanía porque querían nuestra tierra. Ahora quieren declarar, proclamar, que ya no somos soberanos. ¿Cuándo y cómo dejamos de ser soberanos? ¿Cuándo nuestros territorios pasaron a ser de ustedes? ¿Por qué proceso consiguieron ustedes la propiedad y la posesión, como no sea en virtud de una proclamación de ustedes mismos?

No cabe duda, en cualquier caso, de que este texto ha servido de gran impulso en la conformación y desarrollo de los derechos de los Pueblos Indígenas, por lo que, por más que nos ha sido inevitable mencionar el número de Estados que lo han ratificado, afirmamos que su repercusión va mucho más allá de la cifra señalada, lo que comprobaremos en la jurisprudencia y en las decisiones de los diferentes órganos de protección de los derechos de estos pueblos.

²¹⁷ Huaco Palomino, 2015, 571.

3.3. La labor de las Naciones Unidas: la Declaración Universal de Derechos Humanos, los Pactos de 1966 y la Declaración de 2007

3.3.1. *La Declaración Universal de Derechos Humanos*

No se pretende hacer aquí y ahora un estudio exhaustivo de la *Declaración* de 1948: más bien se trata de remarcar la importancia de este texto en la configuración del sistema internacional de protección de los Derechos del Hombre. Ello, porque ha servido de base para la elaboración de textos posteriores internacionales y regionales y ha sido invocada en las constituciones de los Estados, lo que ha dotado a la *Declaración* de un valor superior, de un valor indiscutible pese a su forma de texto no convencional.

Pero la razón principal de traerlo es la de tener presente que el indígena, como persona, goza de los mismos derechos que cualquier ser humano, independientemente de que, como miembro de una colectividad, ostente derechos específicos. Esta incluye derechos de tipo civil y político y de carácter económico, social y cultural que, después, fueron codificados en los dos pactos de 1966. Si bien recoge derechos individuales, estos se aplican a las comunidades y pueblos indígenas en tanto que son titulares de derechos de aquel tipo, junto a los colectivos. El derecho a la vida (artículo 3º), el derecho al reconocimiento de su personalidad jurídica (artículo 6º), la igualdad ante la ley (artículo 7º), el derecho a un recurso efectivo ante los tribunales (artículo 8º), el derecho a una nacionalidad (artículo 15º), el derecho a la propiedad, individual y colectivamente (artículo 17º), a la libertad religiosa (artículo 18º), o a tomar parte en la vida cultural de su comunidad (artículo 27º) son algunos que, reproducidos en otras convenciones, han sido objeto de vulneraciones invocadas por aquellos ante diferentes instancias judiciales y no judiciales. Al ser una mera declaración no contempla un mecanismo, órgano o tribunal al que dirigirse en caso de vulneración de esta. Este texto, junto con los pactos que seguidamente examinaremos, constituyen la Carta Internacional de Derechos Humanos.

3.3.2. *Los Pactos de 1966: el Pacto Internacional sobre Derechos Civiles y Políticos y el Pacto Internacional sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales*

Mediante la «Resolución 2200» de la Asamblea General de Naciones Unidas de 16 de diciembre de 1966 se aprobaron dos pactos, el de Derechos

Civiles y Políticos y el de los Derechos Económicos Sociales y Culturales. La *Declaración Universal de Derechos Humanos*, como se ha señalado antes, contenía derechos de los dos tipos. La cuestión de «convertirlos» en un solo texto no era pacífica por los distintos posicionamientos ideológicos: por más que la Asamblea General de Naciones Unidas había manifestado la interdependencia e interconexión de los derechos contenidos, como afirma Tomuschat,²¹⁸ la especificidad de las distintas categorías de derechos llevaba, por ejemplo, a los Estados occidentales a mantener que no podían aplicarse de idéntica forma.

Se consideraba que los derechos civiles y políticos deberían ser objeto de respeto estricto, lo que dejaba fuera la posibilidad de que los Estados efectuaran reservas. Sin embargo, los derechos de carácter económico y social eran «objetivos a alcanzar», lo que condujo a que la Asamblea aprobara la «Resolución 543» el 5 de febrero de 1952, bajo el título de «Redacción de dos proyectos de pactos internacionales de derechos del hombre» lo que, en definitiva, conducía a la aprobación de dos textos independientes.

El *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos* entró en vigor el día 23 de marzo de 1976, diez años después, transcurridos los tres meses previstos después de que treinta y cinco Estados depositaran sus instrumentos de ratificación ex artículo 49°.

El artículo 41° establece el mecanismo de garantía de cumplimiento de estos derechos, el Comité, dejando abierta la posibilidad de que «todo Estado Parte en el presente pacto podrá declarar en cualquier momento que reconoce la competencia del Comité para recibir y examinar las comunicaciones en que un Estado Parte alegue que otro Estado Parte no cumple las obligaciones que le impone este pacto». Además, junto a la aprobación de la Resolución por la que se aprobaban los dos textos, se ofreció la de un Protocolo Facultativo del *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos* que facultaba al Comité «para recibir y considerar comunicaciones de individuos que aleguen ser víctimas de violaciones de cualquiera de los derechos enunciados en el pacto». El segundo, concerniente a los derechos de carácter económico, social y cultural, no ha sido objeto de invocación ante el Comité del pacto. No obstante, señalemos que ambos pactos proclaman la libre determinación de los pueblos, aunque cuando nos referimos a los pueblos

²¹⁸ Tomuschat, C. (2009). *Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos*. United Nations Audiovisual Library of International Law.

indígenas, no se debe entender sino como capacidad de autogobierno, sin que esto atente contra la integridad del Estado en el que habitan.

3.3.3. *La Declaración sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas de 2007*

Desde antes de la aprobación del «Convenio 169», el 27 de junio de 1989,²¹⁹ Naciones Unidas ya había emprendido una importante labor en el reconocimiento de los derechos de estos pueblos que condujo a la *Declaración de los Derechos de los Pueblos Indígenas* de 2007. Su gestación alcanza a la creación del Grupo de Trabajo sobre Poblaciones Indígenas, el IWGIA, antes mencionado ya y al que nos referiremos algo más despacio, después, al tratar el marco institucional, establecido en 1982 por la Subcomisión de la ONU para la Prevención de la Discriminación y la Protección de las Minorías ya mencionada.

El Grupo de Trabajo tuvo en cuenta, desde el principio, la participación de representantes de los pueblos y comunidades indígenas desde temprano, a diferencia del convenio.²²⁰ Mediante la «Resolución 1982/34 de la Comisión de Derechos Humanos», el grupo de trabajo tenía el mandato de examinar los acontecimientos relativos a las poblaciones indígenas y trabajar para desarrollar normas relativas al reconocimiento, promoción y protección de los derechos y libertades de los pueblos indígenas del mundo. En 1985, la Subcomisión solicitó que el grupo de trabajo elaborase un proyecto de declaración sobre los Pueblos Indígenas para su adopción por la Asamblea General, lo que hizo en la cuarta sesión, con la *Declaración de Principios aprobada por los Pueblos Indígenas*. Se trataba de una declaración con diecisiete principios. Estos deberían discutirse, si bien suponían la base para la redacción de un texto cuya forma jurídica y en lo que no parecía haber desacuerdo, sería el de una declaración.²²¹ Los diecisiete principios se verían concretados en siete.²²²

²¹⁹ La adopción tuvo lugar en Ginebra, en la 76ª reunión CIT. Entró en vigor el día 5 septiembre de 1991.

²²⁰ Señala Erica Daes (1996, 50) que: «Por primera vez, los pueblos indígenas tenían acceso a su propio espacio en la ONU, un espacio que se convirtió en un foro mundial para su movimiento».

²²¹ *Id.*, p. 62.

²²² Estos son: 1. El derecho al disfrute pleno y efectivo de los derechos y libertades fundamentales reconocidos en los instrumentos internacionales existentes, en particular la Carta de la ONU y el Derecho Internacional de Derechos Humanos; 2. El derecho a ser libres e iguales a los demás seres humanos en dignidad y derechos, y estar libres de cualquier forma de

En 1988, Erica Daes presentó un primer proyecto de declaración que sería objeto de revisión. El Grupo de Trabajo acordó un texto final titulado «Proyecto de declaración Acordado por los Miembros del Grupo de Trabajo en su Undécimo período de sesiones» que se presentó ante la Subcomisión en su 45ª sesión, tras lo que –por unanimidad– se decidió presentar a la Comisión de DDHH a fin de que fuera considerada y aprobada, en su caso, por la Asamblea General de Naciones Unidas.²²³ La adopción del texto, en 1998, por la Subcomisión tenía que elevarse a la Comisión de Derechos Humanos donde se produjeron ásperos debates, que en ocasiones dejaron patente la falta de consenso entre los Estados. Se creó un grupo de trabajo para elaborar el proyecto de declaración, que sería denominado «Grupo de Trabajo establecido de conformidad con la Resolución 1995/32 de la Comisión de Derechos Humanos». El 29 de junio de 2006, el Consejo de Derechos Humanos aprobó la *Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas* por 30 votos a favor, 12 abstenciones, y 2 votos en contra. Tras ello, aún debería pasar un año de negociaciones hasta que fuera adoptada por la Asamblea²²⁴ por 143 votos a favor, 11 abstenciones (Colombia entre ellas) y 4 votos en contra (Estados Unidos, Canadá, Australia y Nueva Zelanda).²²⁵

La declaración representa un «ideal común que debe perseguirse en un espíritu de solidaridad y respeto mutuo», tal y como reza su preámbulo, que invoca la *Carta de NNUU*, los *Pactos de 1966* y la *Declaración y Programa de Acción de Viena*, en tanto afirman «la importancia fundamental del derecho

discriminación; 3. El derecho colectivo a existir y a estar protegidos del genocidio, además de los derechos individuales a la vida, la integridad física, la libertad y la seguridad de las personas; 4. El derecho a manifestar, enseñar, practicar y observar sus propias tradiciones y ceremonias religiosas y a mantener, proteger y tener acceso a los lugares necesarios para ello; 5. El derecho a todos los tipos de educación, incluido el derecho a tener acceso a la educación en sus propias lenguas y a establecer sus propias instituciones educativas; 6. El derecho a preservar su identidad cultural y tradiciones y a perseguir su propio desarrollo cultural; 7. El derecho a promover la información y educación interculturales, reconociendo la dignidad y diversidad de sus culturas». *Id.*, p. 63.

²²³ Asbørn, E. «Los pueblos indígenas, el Grupo de Trabajo sobre Poblaciones Indígenas y la adopción de la *Declaración* de la ONU sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas», en Charters, C., Stavengahen, R. (Eds.). (2010). *El Desafío de la Declaración. Historia y Futuro de la Declaración de la ONU sobre Pueblos Indígenas*. International Work Group for Indigenous Affairs.

²²⁴ United Nations Declaration on the Rights of Indigenous Peoples: resolution / adopted by the General Assembly. A/RES/61/295. 2007.

²²⁵ El registro de votos puede hallarse en <https://digitallibrary.un.org/record/609197?ln=en>. Según consta en la web de NNUU, Australia, Nueva Zelanda, Canadá y los Estados Unidos de Norte América han revertido su decisión y ahora se han adherido a la *Declaración*. Colombia y Samoa también han revertido su posición y han indicado su apoyo a la *Declaración*.

de todos los pueblos a la libre determinación, en virtud del cual estos determinan libremente su condición política y persiguen libremente su desarrollo económico, social y cultural». Afirman Montes y Torres Cisneros que: «El eje fundamental alrededor del cual gira el contenido de la declaración es el artículo 3º, que reconoce expresamente a los pueblos indígenas como sujetos plenos del derecho a la libre determinación, tal como está establecida en el PIDCP y el PIDESC», es decir, los *Pactos* de 1966.²²⁶

Señala Gómez-Isa como principales innovaciones de esta la expansión del catálogo de los Derechos Humanos, con el reconocimiento de derechos colectivos, con la inclusión de algunos Derechos Humanos de tercera generación o de solidaridad y con el reconocimiento del principio del consentimiento, previo, libre e informado.²²⁷ Junto a ello, el reconocimiento de las injusticias históricas. Se trata, para el autor, de la reafirmación, en cuanto a muchas de sus disposiciones, de normas de Derecho Internacional consuetudinario ya existentes. Además, afirma, que se ha convertido en un indiscutible parámetro de referencia para interpretar los derechos de estos pueblos.²²⁸ En este sentido es importante señalar que no es un convenio internacional por lo que, en sí, careció, en principio, de carácter vinculante.

La *Declaración* consta de 46 artículos y no incorpora definición alguna de pueblos indígenas. Los derechos que se reconocen en la misma y que resaltan la importancia de la diversidad cultural, son tanto individuales como colectivos.

Después de afirmar el derecho al disfrute de todos los Derechos Humanos y proclamar la libertad, igualdad y no discriminación por razón de su identidad, proclama el reconocimiento del derecho a la libre determinación en el artículo 3º, concretado en el derecho a la autonomía o el autogobierno en las cuestiones relacionadas con sus asuntos internos y locales, siguiendo lo dispuesto en el artículo 4º. La disposición contenida en el artículo 46 (última de esta *Declaración*) aclara el límite:

²²⁶ Montes, A.R., Torres Cisneros, G. (2010). «La *Declaración* de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas: base de la nueva relación entre los pueblos indígenas, los Estados y las sociedades», en Charters, C., Stavengahen, R. (Eds.). (2010). *El Desafío de la Declaración. Historia y Futuro de la Declaración de la ONU sobre Pueblos Indígenas*. International Work Group for Indigenous Affairs, p. 172.

²²⁷ Gómez-Isa, F. (2019). «La *Declaración* de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas». *REDI*, vol. 71, pp. 124-127.

²²⁸ *Id.*, p. 137.

Nada de lo señalado en la presente *Declaración* [...] se entenderá en el sentido de que autoriza o fomenta acción alguna encaminada a quebrantar o menoscabar, total o parcialmente, la integridad territorial o la unidad política de Estados soberanos e independientes.

El derecho a conservar y reforzar sus propias instituciones políticas, jurídicas, económicas, sociales y culturales a la vez que participar en la vida económica, social y cultural del Estado, se dispone en el artículo 5. Respecto a estas cuestiones que han dado lugar, en su desarrollo desigual, al reconocimiento del fuero indígena, volveremos después. Se trata de una de las cuestiones que nos muestran cómo el principio de autodeterminación se encuentra limitado por las normas constitucionales de cada Estado y del respeto a los Derechos Humanos, lo que ha dado lugar a una jurisprudencia no uniforme respecto, *ad ex.*, qué se entiende por contrario o no a los Derechos Humanos, especialmente en lo que se refiere a la imposición de determinados castigos consecuencia de una sanción penal.

Aunque la *Declaración* inserta a continuación el derecho a una nacionalidad y el derecho a la vida e integridad, que podemos conectar con el artículo 24^o,²²⁹ los preceptos relacionados con el mantenimiento de su cultura siguen una relación con el artículo 8^o, que estatuye el derecho a no sufrir la asimilación forzada o la destrucción de su cultura, con el artículo 11^o (derecho a practicar y revitalizar sus tradiciones y costumbres culturales), con el artículo 12^o (derecho a manifestar, practicar, desarrollar y enseñar sus tradiciones, costumbres y ceremonias espirituales y religiosas, a mantener y proteger sus lugares religiosos), o con el artículo 13^o (derecho a revitalizar, utilizar, fomentar y transmitir a las generaciones futuras sus historias, idiomas, tradiciones orales, filosofías, sistemas de escritura y literaturas y a atribuir nombres a sus comunidades, lugares y personas y mantenerlos, teniendo derecho a mantener, controlar, proteger y desarrollar su patrimonio cultural, e intelectual relacionado con sus saberes propios). Estos derechos se plasman igualmente con el de establecer instituciones docentes propias (artículo 14^o) o el de su inserción en el sistema educativo público (artículo 15^o).

²²⁹ Artículo 24: «Los pueblos indígenas tienen derecho a sus propias medicinas tradicionales y a mantener sus prácticas de salud, incluida la conservación de sus plantas, animales y minerales de interés vital desde el punto de vista médico. Las personas indígenas también tienen derecho de acceso, sin discriminación alguna, a todos los servicios sociales y de salud».

Los artículos 25° a 32° están dedicados los territorios (añadiendo la referencia a otros espacios como aguas y mares costeros). Hay que tener en cuenta que antes se ha proclamado el derecho a participar en las decisiones que les afecten y al principio del consentimiento previo libre e informado. El primero de estos preceptos reconoce esa especial relación con la tierra que es elemento material y espiritual, su derecho a las que han poseído, ocupado, usado o adquirido, a respetar el sistema particular de tenencia de estas, a su reparación en caso de la pérdida, concretándose esta en una indemnización que consiste, bien en otras tierras, territorios y recursos de igual calidad, extensión y condición jurídica, bien en una indemnización monetaria u otra reparación adecuada. Se reconoce el derecho a determinar y elaborar las prioridades y estrategias para el desarrollo o la utilización de sus tierras o territorios y otros recursos en el artículo 32°. Además, también se reconoce su papel como guardianes del medio en el artículo 29°: «tienen derecho a la conservación y protección del medio ambiente y de la capacidad productiva de sus tierras o territorios y recursos», no pudiéndose «almacenar o eliminar materiales peligrosos en las tierras o territorios» y estableciéndose que «no se desarrollarán actividades militares en las tierras o territorios de los pueblos indígenas, a menos que lo justifique una razón de interés público pertinente o que se haya acordado libremente con los pueblos indígenas interesados, o que éstos lo hayan solicitado» (artículo 30°). El derecho a determinar y elaborar las prioridades y estrategias para el desarrollo o la utilización de sus tierras o territorios y otros recursos se encuentra en el artículo 32°. La *Declaración* contempla el derecho a una nacionalidad (artículo 6°), a determinar su propia identidad o pertenencia sin menoscabar el derecho a obtener una ciudadanía (artículo 33°) y el derecho a la interrelación intercomunitaria cuando existen comunidades transfronterizas (artículo 36°).

Finalmente, incorpora disposiciones relativas al reconocimiento de derechos existentes en tratados o acuerdos, a la cooperación internacional, a la adopción de medidas para lograr los fines de la *Declaración* y a la actividad de Naciones Unidas, tendente a la positiva contribución a la persecución de los fines del texto.

4. La conformación de un marco regional legal

4.1. Europa: un doble sistema regional convencional

Entender el sistema de protección de los Derechos Humanos en Europa, pasa por tener en cuenta el doble sistema instaurado por el Consejo de Europa, de un lado y el de la Unión Europea, más restringido geográficamente que el anterior. Los textos elaborados son, la Convención Europea de Derechos Humanos y la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea. Ambos se inspiran en la *Declaración Universal de Derechos Humanos*, en los *Pactos* de 1966 y demás instrumentos de protección. Como órganos de garantía señalamos el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y el Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

4.1.1. El Convenio Europeo para Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales

La labor en favor de la promoción de los Derechos Humanos en Europa tuvo su gran impulso por el Consejo de Europa con la aprobación, el 4 de noviembre de 1950, del «Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales», o Convención Europea de Derechos Humanos. Europa se erigió como la primera región en dotarse de un texto de protección de Derechos Humanos y de un sistema de garantías de su cumplimiento.

El Consejo de Europa fue fruto del Congreso del Movimiento Europeo en La Haya. Las consecuencias de las dos guerras mundiales señalaron que el único camino para conseguir la paz en el subcontinente pasaba por un entendimiento y colaboración entre los Estados que históricamente se habían enfrentado. En este Congreso el optimismo y la euforia europeísta condujeron a la creación del Consejo de Europa, con fines de cooperación o de colaboración, así como a la de las primeras comunidades europeas. El primero marcaría el triunfo de las ideas no federalistas, a diferencia del segundo. Sea como fuere, Europa plasmó mediante estas obras su voluntad de buscar la paz a través del entendimiento.

El Congreso de La Haya estuvo presidido por Winston Churchill. Sus sesiones se celebraron del 7 al 10 de mayo de 1948.²³⁰ En la sesión final, Denis de Rougemont emitió un mensaje que comienza por constatar la realidad histórica de los europeos: «Europa está amenazada. Europa está dividida y la gran amenaza viene de sus divisiones»,²³¹ manifestó, entre otros:

Nous voulons une Charte des Droits de l'Homme, garantissant les libertés de pensée, de réunion et d'expansion, ainsi que le libre exercice d'une opposition politique. Nous voulons une Cour de Justice capable d'appliquer les sanctions nécessaires pour que soit respectée la Charte.²³²

El proyecto de la Convención, redactado por la Comisión de Asuntos Jurídicos, fue presentado al Comité de Ministros del Consejo de Europa el 5 de noviembre de 1949 y sometido a un Comité de Expertos, reunido en los meses de febrero y marzo de 1950. Existían divergencias en torno a la creación del tribunal (entre otros asuntos) por lo que se decidió remitir a la conferencia de altos funcionarios la cuestión, que se reunió en junio de 1950. El Comité de Ministros examinó los trabajos de la conferencia a principios de agosto, y el 4 de noviembre de 1950 se inició la firma del «Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales».

El texto, que recoge derechos civiles y políticos fue complementado, de alguna manera, por la Carta Social Europea²³³ donde se contienen derechos económicos, sociales y culturales. Sirva esta apreciación por cuanto que, al hablar de las reclamaciones de los pueblos indígenas, otras Cortes han basado, también, sus decisiones en derechos de este tipo, como luego veremos.

Dentro de los derechos contenidos en el convenio figura el derecho a la vida, a la libertad de pensamiento, conciencia y religión o la prohibición de discriminación. En el protocolo adicional encontramos el derecho a la propiedad. En cuanto al derecho a la cultura, no figura como tal en el convenio, pero se inspira en la *Declaración Universal de los Derechos Humanos*. El Protocolo 1 inserta el derecho a la educación, lo que está relacionado

²³⁰ Message aux Européens (La Haya, 10 mai 1948).

²³¹ *Id.*

²³² Sobre el congreso y sus frutos existe mucha literatura. Por nuestra parte, véase Iglesias Vázquez, M. A., Santaella, M. (2004). *Elementos e Instituciones de la Unión Europea*. Servicio de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense.

²³³ Abierta a la firma en Turín el 18 de octubre de 1961.

con las convicciones religiosas y filosóficas, como puso de manifiesto el TEDH, *ad ex.*, en el caso *Folgerø*²³⁴ respecto al derecho a la educación o en los casos *Chappell* o *Pendragon*, en relación con la libertad religiosa.²³⁵ Así, se ha invocado el CEDH en reclamaciones de pueblos indígenas europeos, a cuyo epígrafe nos remitimos, adelantando aquí el poco éxito que antes instancias europeas, han tenido en sus reclamaciones.

4.1.2. La Unión Europea

A pesar de que las primeras Comunidades Europeas tuvieran un objetivo económico, el hecho de apuntar a la creación del mercado común implicaba la implantación de las libertades de circulación de personas, de servicios, de capitales y de mercancías. La aplicación de estas derivó en la interpretación de un principio relacionado con el de los Derechos Humanos, el principio de igualdad y no discriminación que, en el ámbito laboral, contribuyó a dar tono personal a un objetivo económico. Así, pronto, el Tribunal de Justicia de las (entonces) Comunidades Europeas comenzarían a construir un importante conjunto de decisiones relativas a los Derechos Humanos.

En el año 2000 se publicó en el DOCE la *Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea*,²³⁶ modificada en 2007 y a la que el artículo 6º del Tratado de Lisboa otorga el mismo valor que los tratados. El preámbulo de la Carta hace referencia a que «la Unión contribuye a la preservación y al fomento de estos valores comunes dentro del respeto de la diversidad de culturas y tradiciones de los pueblos de Europa», lo que se refleja de forma un tanto ligera en los artículos 22º («Diversidad cultural, religiosa y lingüística, al decir «La Unión respeta la diversidad cultural, religiosa y lingüística») y 25º, respecto a las personas mayores. La carta incluye derechos de tipo civil y político, sociales, económicos y culturales. El derecho a la vida (artículo 2º), la libertad de pensamiento, conciencia y de religión (artículo 10º),

²³⁴ *Folgerø and Others vs. Norway*. 15472/02, Judgment 29.6.2007. Al respecto, véase el documento del TEDH «Cultural Rights in the case-law of the European Court of Human Rights». Council of Europe. European Court of Human Rights, January 2011.

²³⁵ Al respecto, véase el documento «Guide on Article 9» del TEDH, *Chappell vs. the United Kingdom*, 12587/86, Commission decision of 14 July 1987. ECLI: CE: ECHR: 1987:0714DEC001258786; o el asunto HUDOC. *Arthur U. Pendragon vs. the United Kingdom*, Application n.º 31416/96. Commission decision of 19 October 1998.

²³⁶ *Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea*. 2000/C-364/01. (2000).

el derecho a la propiedad (artículo 17º) y el principio de discriminación (artículo 21º) están contemplados.²³⁷

Por lo que respecta a nuestra cuestión, ha existido algún caso relevante en torno a los Inuits, como el caso C-398/13 *P Inuit Tapiriit Kanatami y otros (entre ellos, el Inuit Circumpolar Council Greenland (ICC-Greenland) contra Comisión Europea*, relativo a la comercialización de los productos derivados de la foca.

En general, en Europa, los derechos más reclamados por los pueblos y comunidades indígenas han sido los relacionados con el uso de sus tierras derivados del derecho a su cultura, pero no han estado basados en el texto de la Convención Europea sino en textos internacionales (artículo 27º del *Pacto de Derechos Civiles y Políticos*) y por lo que respecta al marco más restringido de la Unión Europea, el señalado en el párrafo anterior.

4.2. América

En 1933 en el seno de la Séptima Conferencia Internacional americana celebrada en Montevideo se aprobó la Convención sobre los Derechos y Deberes de los Estados. Así, antes de la *Declaración Universal de Derechos Humanos* de diciembre de 1948, ya se había producido un importante paso adelante en el sistema de protección regional de Derechos Humanos, con los frutos de la Novena Conferencia Internacional americana (celebrada del 30 de marzo al 2 de mayo de 1948) en la que se aprobaron la *Carta de la Organización de los Estados Americanos*, el *Tratado Americano de Soluciones Pacíficas*, el *Pacto de Bogotá*, el *Convenio Económico de Bogotá*, la *Convención Interamericana sobre Concesión de los Derechos Políticos a la Mujer* o la *Declaración americana de los Derechos y Deberes del Hombre*, recogidos en su acta final.²³⁸

Esta última no se trata de un documento vinculante, pero marcó un hito al haberse adelantado en meses a la DUDH. Como afirma Salvioli: «Por su prelación temporaria, también ayudó en algunos debates para la adopción de ciertas normas de la *Declaración Universal de los Derechos Humanos* en las

²³⁷ Mencionamos estos al entender que son los que más interesan a los efectos de la jurisprudencia concerniente a los pueblos y comunidades indígenas.

²³⁸ Ministerio de relaciones exteriores de Bogotá. «Actas y documentos vol. 4», en *Novena Conferencia americana*. 1953.

Naciones Unidas». ²³⁹ Este autor, además, afirma que «fue fruto de un sistema de Conferencias promovidas desde el Congreso de Panamá de 1826 pero concretadas en 1889 con el objetivo de crear una unión más sólida y cooperación entre los Estados americanos».

En ese mismo año de 1948, en Washington, los representantes de dieciocho Estados crearon la Unión Internacional de Repúblicas americanas (más tarde Unión Panamericana) lo que serviría de base para lo que luego sería la Organización de Estados Americanos (OEA) que vería la luz en 1945, en el mismo año en que la Carta de San Francisco viera la luz, por lo que aquélla se basaba en las disposiciones de esta, en especial en el capítulo VIII relativo a los acuerdos regionales.

América también se había adelantado a Europa en cuanto al intento de conformación de un sistema judicial con la creación de la Corte Centroamericana de Justicia que funcionó desde 1908 hasta 1918, año en que, por las discrepancias habidas entre los Estados, dejó su trabajo. En 1959 se creó la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) aunque adolece de un texto que otorgara la necesaria fuerza jurídica.

Las facultades de la Comisión no parecían muy prometedoras, pero su existencia fue percibida por aquellas víctimas de violaciones como su oportunidad para pedir amparo. La Comisión no las defraudó, tomando en sus manos la tarea de defenderlas. Quienes sufrían recurrían a ella a menudo sin asistencia jurídica, sin mayor habilidad para expresar lo que les pasaba y articular un relato coherente. ²⁴⁰

Fue la falta de entendimiento entre los Estados de la OEA lo que paralizó el espíritu con el que se había creado la Comisión, «la reticencia de los Estados para someterse a algún tipo de supervisión en materia de Derechos Humanos». ²⁴¹ En cualquier caso, con la reforma de la Carta de la OEA en 1967 se subordinó la estructura, competencia y procedimiento de la Comisión a una futura convención sobre Derechos Humanos (art. 145º, *in fine*).

²³⁹ Salvioli, F.O. (2003). *El Aporte de la Declaración americana de 1948, para la protección internacional de los derechos humanos*. En: Seminario El Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos en el umbral del siglo XXI Corte Interamericana de Derechos Humanos <http://biblioteca.corteidh.or.cr/tablas/r11661.pdf>.

²⁴⁰ Medina, 2009, p. 17.

²⁴¹ *Id.*

Fruto de la activa y positiva acción de la OEA y, en concreto, de los trabajos de la Tercera Conferencia Interamericana Extraordinaria celebrada en Buenos Aires en el año 1967, se aprobó la Convención americana sobre Derechos Humanos (CADH) en el seno de la conferencia celebrada del 7 al 22 de noviembre de 1969 en San José de Costa Rica. Siguiendo a Medina,

La convención se diseñó, en una medida importante, siguiendo al *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos* y al «Convenio Europeo sobre Derechos y Libertades Fundamentales», pero debió operar en un contexto político, social y económico muy diferente al europeo de los años 50 a 90.²⁴²

4.2.1. *La Convención americana sobre Derechos Humanos*

Comienza la Convención:

Reconociendo que los derechos esenciales del hombre no nacen del hecho de ser nacional de determinado Estado, sino que tienen como fundamento los atributos de la persona humana, razón por la cual justifican una protección internacional, de naturaleza convencional coadyuvante o complementaria de la que ofrece el derecho interno de los Estados americanos.

Y:

Reconociendo que los derechos esenciales del hombre no nacen del hecho de ser nacional de determinado Estado, sino que tienen como fundamento los atributos de la persona humana, razón por la cual justifican una protección internacional, de naturaleza convencional coadyuvante o complementaria de la que ofrece el derecho interno de los Estados americanos.

Se trata de un texto vinculante, con fuerza jurídica de ámbito regional, circunscrito a los Estados miembros de la OEA (*ex art.* 74).²⁴³ Este cuerpo normativo contiene derechos de tipo civil y político junto con derechos

²⁴² *Id.*, 16.

²⁴³ En el momento actual son parte en la OEA los siguientes Estados: Antigua y Barbuda, Argentina, Commonwealth de las Bahamas, Barbados, Belize, Bolivia, Brasil, Canadá, Chile, Colombia, Costa Rica, Cuba ¹, Commonwealth de Dominica, Ecuador, El Salvador, Estados Unidos de América, Grenada, Guatemala, Guyana, Haití, Honduras, Jamaica, México, Nicaragua,

económicos, sociales y culturales, así como derechos individuales y colectivos, lo que realiza separándolos en un capítulo segundo, al que sigue un capítulo tercero, con un único precepto. Después de proclamar el derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica en el art. 3º, el art. 4º proclama el derecho a la vida (a partir del momento de la concepción) refiriéndose también a la pena de muerte, reservada para delitos muy graves, pero no a los políticos. No cabe, además, el restablecimiento en los Estados en los que ya estuviera abolida.

El respeto a la integridad de la persona (física o psíquica) que conlleva la prohibición de la tortura y tratos crueles inhumanos y degradantes se observa en el artículo 5, junto con la referencia a un tribunal especializado cuando un menor deba de ser procesado. Unido a lo anterior, aunque en precepto aparte (artículo 6º), figura la proscripción de la esclavitud y servidumbre, a la que sigue el derecho a la libertad, haciendo referencia a la prohibición de la arbitrariedad en las detenciones y privaciones de aquella, así como derechos del detenido. Esta norma también hace referencia a la prohibición de la prisión por deudas. Conexo, aparece el precepto relativo a las garantías judiciales (artículo 8º).

La libertad ideológica (de conciencia y religiosa) es proclamada en el art. 12º, si bien la de pensamiento aparece con la de expresión en el siguiente precepto (artículo 13º), al que sin duda va unido el derecho de rectificación del artículo 14º. Merece la pena destacar la protección de la familia y los derechos del niño, el derecho al nombre, la nacionalidad, la propiedad privada o los derechos políticos del artículo 23º. Así, hasta el artículo 25º, se proclaman derechos de carácter civil y político.

El artículo 26º, que constituye el capítulo III en su totalidad, se refiere a los derechos de carácter económico, social y cultural, refiriéndose al derecho al desarrollo progresivo. Como veremos en el epígrafe dedicado a los pueblos y comunidades indígenas en América, han sido muchos y variados los derechos más reclamados por los pueblos y comunidades indígenas, en especial el derecho a sus tierras y su cultura.

Panamá, Paraguay, Perú, República Dominicana, Saint Kitts y Nevis, San Vicente y las Granadinas, Santa Lucía, Suriname, Trinidad y Tobago, Uruguay y la República Bolivariana de Venezuela.

4.2.2. *La Corte Interamericana de Derechos Humanos*

La Convención Interamericana regula la Corte Interamericana de Derechos Humanos. En la actualidad los Estados que la han ratificado son Argentina, Barbados, Bolivia, Brasil, Chile, Colombia, Costa Rica, Dominica, Ecuador, El Salvador, Granada, Guatemala, Haití, Honduras, Jamaica, México, Nicaragua, Panamá, Perú, República Dominicana, Suriname, Trinidad y Tobago, Uruguay y Venezuela.²⁴⁴ Pueden verse así importantes ausencias de la parte norte americana (Canadá y Estados Unidos). El artículo 62° exige una declaración de aceptación de la jurisdicción de la Corte, que puede ser incondicional, temporal, específica o bajo reciprocidad.

Todo Estado parte puede, en el momento del depósito de su instrumento de ratificación o adhesión de esta convención, o en cualquier momento posterior, declarar que reconoce como obligatoria de pleno derecho y sin convención especial, la competencia de la Corte sobre todos los casos relativos a la interpretación o aplicación de esta convención.

En el 85° período de sesiones ordinario de la OEA se aprobó el reglamento de funcionamiento de la Corte de 2009, vigente todavía hoy. Su competencia se extiende a las vulneraciones de los derechos de la CIDH, su interpretación o su aplicación (artículo 62°). El artículo 63° garantiza la reparación de la vulneración de una libertad o derecho mediante la posibilidad de dictar medidas de reparación e indemnización de las hipotéticas víctimas. En este sentido, la Corte IDH ha pronunciado varias sentencias a las que nos referiremos más adelante cuando tratemos la cuestión de la reclamación judicial de los derechos de los pueblos y comunidades indígenas.

4.2.3. *La Declaración americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas de 2016*

Mediante Resolución 2888 (XLVI-O/16) se aprobó la *Declaración americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas* el 14 de junio de 2016, durante la segunda sesión plenaria de la Organización de Estados Americanos. Su origen inmediato data del proyecto sobre los derechos de los pueblos indígenas, aprobado por la AG/RES. 2867 (XLIV-O/14), así como de la

²⁴⁴ Conferencia especializada interamericana sobre derechos humanos. «Convención americana sobre Derechos Humanos. Tratado B-32». 1969.

declaración sobre los derechos de los pueblos indígenas en las Américas (AG/DEC. 79 (XLIV-O/14)).

El proyecto es fruto del trabajo del Consejo Permanente de la OEA. A través de la Comisión de Asuntos Jurídicos y Políticos se creó, en 1999, un grupo de trabajo encargado de elaborar el proyecto que se presentó el 6 de diciembre de 2000. Señala Clavero, refiriéndose a tal encargo que «se participó a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, al Comité Jurídico Interamericano y al Instituto Interamericano de Derechos Humanos».²⁴⁵ El texto aprobado invoca tanto el «Convenio 169» como la *Declaración* de NNUU de 2007.

La *Declaración americana* consta de un preámbulo y 41 artículos agrupados en seis secciones: la primera relativa a los pueblos indígenas; la segunda lleva la rúbrica «Derechos Humanos y Derechos Colectivos»; la tercera «Identidad cultural», la cuarta «Derechos Organizativos y Políticos»; la quinta «Derechos Sociales, Económicos y de Propiedad», la sexta «Provisiones generales». Resaltemos, finalmente, el carácter no vinculante de este texto, lo que no ha sido obstáculo para su reiterada invocación como fundamento jurídico por parte de la Corte IDH en sus sentencias.

4.3. África

En 1979, la Asamblea de Estados parte en la Organización para la Unidad africana (OUA) decidió encomendar la redacción de una propuesta de *Carta de protección de Derechos*, no sólo de los humanos sino de los pueblos, cuestión que será puesta de relieve por la jurisprudencia de la Comisión y de la Corte africana como rasgo diferenciador de los otros textos (regionales) de protección de los Derechos Humanos.

En 1981, en Banjul, se aprobó el texto final y, con ello, la *Carta africana de Derechos Humanos y de los Pueblos*. La primera parte de esta recoge tanto derechos individuales (artículos 1º a 18º), como colectivos, de los «pueblos» (artículos 19 a 29) derechos resultantes del pasado del continente. Fácilmente se observa cómo la Carta ya desde el preámbulo refiere a la necesidad

²⁴⁵ Bartolomé, C. (2016). «La Declaración americana sobre Derechos de los Pueblos Indígenas: el reto de la interpretación de una norma Contradictoria» *Pensamiento Constitucional* n° 21, p. 11.

de una «total liberación» y en general, recuerdan en gran medida a los principios de Bandung.

4.3.1. *La Carta africana de Derechos Humanos y de los Pueblos*

Apunta Tardif, recordando a Mubiala, que:

La sociedad tradicional africana reconocía ya la importancia del respeto de los Derechos Humanos. En algunos reinos estos derechos se encontraban afianzados por la transmisión oral de esta herencia, llegando en algunos casos a una cristalización escrita. Ejemplo de ello es la Carta adoptada en 1236 en Kurukan Fuga (ubicado en el antiguo imperio de Malí) que proclamaba, entre otras cosas, el derecho a la vida, a la integridad física, y a la propiedad.²⁴⁶

En la carta fundacional de la Unión africana se establece en el art. 2.1, como objetivo, el de «favoriser la coopération essential, en tenant dûment compte de la Charte des Nations Unies et de la *Déclaration universelle des Droits de l'Homme*».²⁴⁷

Por lo que a su articulado respecta, no creó mecanismo alguno relacionado con la protección de los Derechos Humanos. Mediante la «Decisión 115» de la Asamblea de Jefes de Estado y de Gobierno celebrada en Monrovia, en el marco de la 16ª sesión ordinaria celebrada entre el 17 y el 19 de julio de 1979, se acordó preparar un borrador de una *Carta de Derechos Humanos y de los Pueblos*, que debería establecer mecanismos para su garantía. En Banjul, el 27 de junio de 1981, la OUA finalmente aprobaría el texto que entró en vigor cinco años más tarde, el 21 de octubre de 1986.

La estructura de la Carta de Derechos Humanos y de los Pueblos constaba de un preámbulo y tres partes dedicadas a la proclamación tanto de derechos como de deberes, al establecimiento del mecanismo de salvaguarda y unas disposiciones finales.

En su preámbulo reza: «La libertad, la igualdad, la justicia y la dignidad son objetivos esenciales para el logro de las aspiraciones legítimas de los

²⁴⁶ Tardif, E. (2013). «Acercamiento al sistema africano de protección de los derechos humanos: avances y retos». *Anuario De Derechos Humanos*, (9), p. 140.

²⁴⁷ «Favorecer la cooperación internacional teniendo en cuenta la Carta de las Naciones Unidas y la Declaración Universal de los Derechos del Hombre».

pueblos africanos»). Es destacable, también, la llamada a tener en consideración las tradiciones históricas, sus virtudes y la «civilización africana», que deben reflejarse en el concepto de «Derechos Humanos y de los pueblos». La Comisión africana de Derechos Humanos y de los Pueblos ya marcó la referencia a la palabra «pueblo», resaltando (con la suficiente fuerza para no pasar desapercibido) el carácter único de la Carta africana de Derechos Humanos y de los Pueblos en relación con los demás textos internacionales y regionales que no refieren literalmente a los «pueblos».

4.3.2. Los derechos contenidos en la Carta

Tras establecer que el deber de los Estados parte no solo de reconocerlos sino de implementarlos debidamente en sus ordenamientos, el artículo segundo proclama el derecho sin discriminación o diferenciación alguna de los derechos en la carta recogidos.

Hasta el artículo 18º, la *Carta* proclama derechos básicos individuales, tanto civiles y políticos como económicos, sociales y culturales. A partir del artículo 19º y hasta el 24º, contiene derechos colectivos. Incluye, además, derechos de tercera generación, como el derecho de los pueblos a la autodeterminación.

Tomando como referencia nuevamente a Heyns: «La *Carta* refleja la reacción contra la experiencia continental de la esclavitud y el colonialismo, por ejemplo, mediante el reconocimiento a «los pueblos» de su derecho de autodeterminación» contenido en el artículo 20 (1), del que señalaría la comisión en el caso *Ogiek*, refiriéndose a su razón de ser, que es el de «facilitate development, economic Independence and self-determination of the post-colonial States as well as the peoples that comprise those states, protecting them against multi-nationals as well as against the State itself».²⁴⁸

Así, encontramos, en comparación con el «Convenio Europeo de Derechos Humanos» o con la Convención americana de Derechos Humanos, diferencias: la inserción de deberes y la inclusión expresa de unos derechos colectivos.

²⁴⁸ Heyns, 2005, p. 596), «Facilitar el desarrollo, la independencia económica y la libre determinación de los Estados poscoloniales, así como de los pueblos que los componen, protegiéndolos tanto de las multinacionales como del propio Estado». Traducción propia.

Por lo que se refiere a las medidas de protección, la *Carta* creó como sistema de protección a la Comisión africana de Derechos Humanos y de los Pueblos (CAFDH), a la que ahora se hará referencia. Mediante el protocolo de 1988, se creó posteriormente la Corte.

Los derechos más reclamados por los pueblos y comunidades indígenas han sido, de forma similar al panorama en América, los derivados del uso de sus tierras y el ejercicio de su cultura.

4.3.3. *La Comisión africana de Derechos Humanos y de los Pueblos*

Como mecanismo para hacer efectivos los derechos contenidos en la *Carta*, esta creó la Comisión africana de Derechos Humanos y de los Pueblos (CADHP). En virtud de lo establecido en el capítulo segundo, «Mandato de la Comisión», su misión principal fue la de efectuar estudios, recomendaciones, así como establecer principios y reglas conducentes a que los Estados cumplieran los deberes resultantes de tal condición y, asimismo, interpretar los derechos contenidos en el texto.²⁴⁹

La *Carta* no se atribuyó poderes judiciales, pero sí un importantísimo poder. A través de comunicaciones, los Estados podían llamar la atención sobre el incumplimiento de cualquier otro Estado que la hubiera suscrito. Solucionar de forma pacífica tal incumplimiento es la regla general que establece el artículo 48º, junto al agotamiento de los recursos internos. Si esto no surte efecto tras un período de tiempo (tres meses desde la primera comunicación), la Comisión comprueba que aún subsiste el problema llamaría la atención de la Asamblea de Estados acerca del infractor. Como principios aplicables en los que la CAFDH se inspira, la *Carta* menciona instrumentos regionales e internacionales (artículo 60º), de los que resaltamos la legislación internacional sobre Derechos Humanos y de los Pueblos, la *Carta de las Naciones Unidas*, la *Carta de la Organización para la Unidad africana* o la *Declaración Universal de los Derechos Humanos*, así como otros instrumentos adoptados por las NNUU y por los países africanos en materia de Derechos Humanos y de los Pueblos.

Junto a ello, los principios de derecho contenidos en instrumentos generales o especiales reconocidos por los Estados miembros de la OUA, la costumbre, principios generales del derecho (reconocidos igualmente

²⁴⁹ *Id.*, art. 45º.

por Estados miembros de la OUA) jurisprudencia (precedentes) y doctrina (artículo 61°).

Así vemos cómo la CAFDH también puede tomar en consideración las tradiciones africanas que concuerden con las normas internacionales relativas a los Derechos Humanos y de los Pueblos, las costumbres generalmente aceptadas como normas o principios generales del derecho reconocidos por los Estados africanos, precedentes legales o creencias. Es decir, la *Carta* vuelve a poner de manifiesto la importancia concedida a los valores africanos tomados en su conjunto:

La Comisión se basará en la legislación internacional sobre Derechos Humanos y de los pueblos, especialmente en las disposiciones de los diversos instrumentos africanos referentes a los Derechos Humanos y de los pueblos, la Carta de las Naciones Unidas, la Carta de la Organización para la Unidad africana, la *Declaración universal de los Derechos Humanos*, otros instrumentos adoptados por las Naciones Unidas y por los países africanos en materia de Derechos Humanos y de los pueblos, así como en las disposiciones de los diversos instrumentos adoptados por departamentos especializados de las Naciones Unidas de los cuales los firmantes de la presente Carta sean miembros.

La Comisión también tomará en consideración como medidas subsidiarias para determinar los principios del derecho aplicables, otros convenios generales o especiales que establezcan normas expresamente reconocidas por los Estados miembros de la Organización para la Unidad africana, prácticas africanas que concuerdan con las normas internacionales relativas a los Derechos Humanos y de los pueblos, costumbres generalmente aceptadas como normas, principios generales del derecho reconocidos por los Estados africanos, así como precedentes legales y creencias» (artículos 60 y 61 Carta africana de Derechos Humanos y de los Pueblos).

La Comisión²⁵⁰ ha desempeñado un importante papel en cuanto a la lucha por el reconocimiento de los derechos de los pueblos y comunidades interpretando los derechos contenidos en la *Carta*. Si bien hasta 1999 la cuestión o el problema indígena no fue objeto de estudio, a partir de este año y concretamente en la reunión habida en la 28ª Sesión Ordinaria celebrada en Cotonou en 2000, se establece mediante la «Resolución 51», el grupo de trabajo de expertos sobre los derechos de las comunidades indígenas o

²⁵⁰ Todas las comunicaciones de la Comisión pueden encontrarse en su web (<http://www.achpr.org/communications/decisions/?o=845&p=4>).

étnicas en África, al que se le encomendó como tarea principal examinar el concepto de pueblo o comunidades indígenas en África, además del estudio de las implicaciones de la *Carta* en el bienestar de las comunidades y, en especial, respecto a la discriminación, dignidad, protección contra la dominación de otros pueblos, derecho a la autodeterminación derecho a su propio desarrollo cultural e identidad, y considerar las recomendaciones apropiadas para el seguimiento y protección de los pueblos y comunidades indígenas.

Según se acordó en la siguiente sesión (n.º 29, de 2001) la Comisión creó un grupo de trabajo compuesto por tres comisarios y tres expertos, además de un experto independiente que elaboró un informe *Report of the African Commission Working Group on Indigenous Populations/Communities*,²⁵¹ adoptado por la resolución 65ª, en la 34ª sesión ordinaria celebrada en Banjul del 6 al 20 de noviembre de 2003. Este grupo recibió el mandato de recopilar información sobre las violaciones de derechos y libertades fundamentales, la del estudio de la situación mediante visitas sobre el terreno, (referida a los Derechos Humanos), la de emitir informes a las diferentes sesiones de la CADHP y la de cooperar con otras organizaciones e instituciones internacionales en la materia. Antes de proceder con el Informe señalado, digamos con Paghl, que el Working Group on Indigenous Populations (WGIP), que se reuniría por primera vez durante la 30ª sesión:

Decided that it should not start by focusing on defining the term «indigenous» as this could result in deadlock. It was decided that the definition discussion should be integrated into the forthcoming discussion and analysis of concrete issues. Although there continued to be strong opposition among some of the Commissioners to applying the term indigenous in an African context, the issue had now been placed on the agenda and was there to stay at all forthcoming meetings.

En cuanto a decisiones históricas por lo que a nuestra materia respecta, señalemos los casos Endorois, Ogoni o Nubian que después desarrollaremos.

²⁵¹ Disponible en https://www.iwgia.org/images/publications//African_Commission_book.pdf.

4.3.4. La Corte africana de Derechos Humanos y de los Pueblos

La Corte africana de Derechos Humanos y de los Pueblos fue creada mediante un protocolo de la *Carta* en 1998 (entró en vigor seis años después, en 2004). Con esta institución y la Comisión, los derechos contenidos en la *Carta africana de Derechos Humanos y de los Pueblos* recibirían una especial garantía de protección.

Los jefes de Estado y de Gobierno decidieron, con fecha del 9 de septiembre de 1999, establecer la UA a fin de dar impulso al proceso de integración y ser actor en la escena internacional, a la vez que hacer frente a las negativas consecuencias de la globalización respecto a sus particulares problemas sociales, económicos y políticos como principales objetivos, acabar con el apartheid y los vestigios de la colonización.

Su acta constitutiva es del 7 de noviembre de 2000. La UA venía a sustituir a la OUA, y en su seno, con fecha 1 de julio de 2003, es donde se aprobó el «Protocolo de la Corte de la Unión africana» y, cinco años después, el «Protocolo del Estatuto de la Corte africana de Derechos Humanos», el día 1 de julio de 2008. Señalemos, también, la aprobación en 2009 del «Estatuto de la Comisión africana para el Derecho Internacional» (AUCIL). Más adelante, como consecuencia de malestar de determinados Estados africanos con la Corte Penal Internacional, se llegó a firmar el Protocolo de Malabo en 2014, que establecía enmiendas al Estatuto de la Corte de Derechos Humanos, que ampliaba competencias en materia penal en favor de la Corte, si bien y afortunadamente, no tuvo ratificación alguna.

Volviendo al protocolo de 1988, por el que se crea la Corte africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, interesa proceder a un somero análisis a fin de entender las funciones que ostenta, quiénes están legitimados para instar a la Corte y qué fuerza tienen sus sentencias, amén de sus clases de competencias.

Por lo que se refiere a la legitimación activa, el art. 5 restringe su acceso a la Comisión, a un Estado parte contra el que la Comisión ha presentado queja, un Estado parte cuyos ciudadanos sean víctimas de violaciones de Derechos Humanos, las organizaciones intergubernamentales africanas y las organizaciones no gubernamentales a las que se haya otorgado la condición de observadoras ante la Comisión.

La Corte tiene tanto competencias contenciosas como consultivas, ex art. 6 del protocolo y regla 26 del procedimiento de la Corte, para pronunciarse sobre «cualquier cuestión jurídica relativa a la interpretación y aplicación de la Carta, el Protocolo y cualquier otro instrumento pertinente de Derechos Humanos ratificado por los Estados interesados», siempre que «no esté relacionado con un caso que esté examinando la Comisión; para tratar todos los casos y todas las controversias que se le presenten».

Ahora bien, incluso en este caso de petición de las *advisory opinions*, también está restringida la legitimación activa «a petición de un Estado miembro de la OUA cualquiera de sus órganos, o de una organización africana reconocida por la OUA». Como no podía ser de otra forma, además, puede promover la solución amistosa de los casos pendientes ante él, de conformidad con las disposiciones de la Carta (art. 29.5 a del protocolo). Por lo que a los pueblos y comunidades indígenas respecta, la CADHP ha tenido oportunidad de pronunciarse por primera vez sobre los derechos de los Ogiek, habiendo dictado sentencia sobre Reparaciones que comentamos en el epígrafe correspondiente.

Cuadro 4. Textos legales e instancias de protección de los Derechos de los Pueblos Indígenas.

Textos legales internacionales (como individuos)	Declaración de Derechos Humanos, Pacto de Derechos Civiles y Políticos y Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial de 1965, la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer de 1979, la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes de 1984, la Convención sobre los Derechos del Niño de 1989, la Convención internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares de 1990, la Convención Internacional para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas de 2006 y la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad de 2006, completadas por sus protocolos.
--	--

Textos legales internacionales (como miembros de una colectividad)	Convenio 169 OIT Declaración de Naciones unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas de 2007
Textos regionales	Convenio Europeo Carta de la Unión Europea, Convención americana, Carta africana de Derechos Humanos y de los Pueblos. (no vinculantes) Declaración americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas 2016.
Instancias internacionales	Comité de Derechos Humanos, Comité del Pacto de Derechos económicos, Sociales y Culturales y de las Convenciones de NNUU
Instancias regionales	Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Comisión y Corte Interamericana de Derechos Humanos, Comisión y Corte africana de Derechos Humanos y de los Pueblos

Capítulo segundo: Los pueblos y comunidades indígenas ante las instancias de protección de los Derechos Humanos

En esta sección haremos referencia a los logros y fracasos que tuvieron las reclamaciones de los pueblos y comunidades indígenas ante las instancias internacionales de protección de los Derechos Humanos, separando las tres grandes regiones, europea, americana y africana. Después nos adentraremos en las luces, sombras y grises que nos ofrece el panorama de sus reclamaciones ante los órganos regionales de protección de sus derechos, esto es, ante la Comisión Interamericana y africana y sus Cortes, o ante las instancias europeas. Como veremos, antes hubo intentos en sede doméstica que, por su particularidad, referenciaremos. Según se conformaba el derecho aplicable a estos grupos, los órganos de garantía de protección de los Derechos Humanos irían desarrollando una jurisprudencia que ha servido para confirmar sus derechos y a que los Estados promuevan las acciones oportunas a efectos de cumplir materialmente el mandato contenido en los cuerpos legales que hemos dejado estudiados en la parte anterior de esta obra.

1. Los Iroqueses ante la Sociedad de Naciones

A modo de anécdota, señalaremos un intento internacional ante la Sociedad de Naciones (SN) realizado por los iroqueses. Deskaheh se dirigió ante esta instancia, predecesora de las NNUU, una queja respecto a una disputa surgida entre el Estado de las Seis Naciones de los Iroqueses,²⁵² de una parte; y el Imperio británico y el Dominio canadiense, de otra.

Los iroqueses se habían aliado con los británicos bajo ciertas promesas de protección en su lucha contra Canadá, cediendo sus territorios del Grand River y del lago Eric. Al final, los dejaron bajo dominio canadiense y bajo la

²⁵² Estas seis Naciones son los Mohawk, los Oneida, los Onondaga, los Cayuga, los Seneca y los Tuscarora.

Indian Act que tanto perjuicio les causaría, sin visos de poder recuperar el territorio cedido.²⁵³ Las Seis Naciones habían sido reconocidas como Estado independiente mediante sucesivos tratados celebrados entre ellos y los holandeses, franceses, británicos. Tal y como se dice en el *Redman's Appeal for Justice*, presentada por Deskaheh el 6 de agosto de 1923 solicitaron de la SN que:

The Six Nations now invoke the action of the League of Nations to secure: (1) Recognition of their independent right of home-rule. (2) Appropriate indemnity for the said aggressions for the benefit of their injured nationals. (3) A just accounting by the Imperial Government of Great Britain, and by the Dominion of Canada of the Six Nations trust funds and the interest thereon. (4) Adequate provision to cover the right of recovery of the said funds and interest by the Six Nations. (5) Freedom of transit for the Six Nations across Canadian territory to and from international waters. (6) Protection for the Six Nations hereafter under the League of Nations if the Imperial Government of Great Britain shall avow its unwillingness to continue to extend adequate protection or withhold guarantees of such protection.²⁵⁴

De nada sirvió este intento. Deskaheh no fue recibido ni, por tanto, escuchado. En la historia ha quedado el reclamo que siguen manteniendo, de forma distinta, los pueblos canadienses. Este es el único caso llevado ante la predecesora de las Naciones Unidas. A continuación, siguiendo el orden propuesto antes, pasamos a examinar los casos planteados por los pueblos y comunidades indígenas de Europa, América y África.

²⁵³ «In the month of August of the year 1921, the Six Nations made earnest application to the Imperial Government of Great Britain for the fulfilment on its part of its said promise of protection, and for its intervention thereunder to prevent the continued aggressions upon the Six Nations practiced by the Dominion of Canada, but the Imperial Government refused», p. 5.

²⁵⁴ «Las Seis Naciones invocan ahora la acción de la Liga de las Naciones para asegurar (1) El reconocimiento de su derecho independiente de autogobierno. (2) Indemnización apropiada por dichas agresiones en beneficio de sus nacionales perjudicados. (3) Una justa rendición de cuentas por parte del Gobierno Imperial de Gran Bretaña y por el Dominio de Canadá de los fondos fiduciarios de las Seis Naciones y de los intereses de los mismos. (4) Una provisión adecuada para cubrir el derecho de recuperación de dichos fondos e intereses por las Seis Naciones. (5) Libertad de tránsito para las Seis Naciones a través del territorio canadiense y desde aguas internacionales. (6) Protección para las Seis Naciones en lo sucesivo bajo la Sociedad de Naciones, si el Gobierno Imperial de Gran Bretaña declarará su falta de voluntad para continuar de extender la protección adecuada o retener garantías de dicha protección».

2. Los pueblos y comunidades indígenas europeos

Dice Koivurova que, «probablemente porque no hay caso alguno decidido por el Tribunal de Derechos Humanos y de la Comisión Europea de Derechos Humanos en favor de los pueblos indígenas, se ha producido en consecuencia una falta de interés respecto del estudio de los problemas y de las posibilidades de usar el Tribunal como medio de promover y proteger los derechos de los pueblos indígenas».²⁵⁵ Razón no le falta en cuanto a esa protección de derechos, pero además no sólo ante Estrasburgo, sino ante el Comité de Derechos Humanos de la Organización de las Naciones Unidas. De forma similar se pronuncian Otis y Laurent cuando afirman que el Tribunal Europeo:

Debería hacer balance de la situación respecto de la reciente evolución del derecho internacional de los derechos humanos e interpretar el artículo 1º del protocolo 1, que garantiza los derechos de propiedad, brindando una enérgica protección de la tenencia de las tierras de los indígenas de lo que hasta ahora ha hecho.²⁵⁶

Es complejo tratar de comprender las razones que han conducido a que los Tribunales Regionales de Derechos Humanos que han decidido sobre derechos de los pueblos y comunidades indígenas hayan llegado a tratamientos tan diferentes en distintas regiones geográficas. El Tribunal de Estrasburgo, en este sentido, no está alineado con sus homólogos. Nuestra opinión es la de que sus peticiones tampoco han sido presentadas con la fuerza que tienen las efectuadas ante las Cortes interamericana y africana. Si los autores mencionados hacen referencia en las citas transcritas a las instancias regionales, tampoco parece que sus reclamaciones tuvieran un efecto positivo en las internacionales.

²⁵⁵ Koivurova, 2011. Este epígrafe se basa, parcialmente, en mi artículo “El hecho religioso en las comunidades indígenas y la jurisprudencia de los tribunales regionales de protección de los derechos humanos. Especial referencia a Europa”, en *Anuario de derecho eclesiástico del Estado* n° 33, 2017.

²⁵⁶ Otis y Laurent, 2013.

2.1. Los Samis y el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas

2.1.1. *Ivan Kitok vs. Suecia*

Esta reclamación presentada por Ivan Kitok ante instancias internacionales, el Comité del Pacto de Derechos Civiles y Políticos de Naciones Unidas no resulta lejana en el tiempo. La comunicación n.º 197/1985, se inició el 2 de diciembre de 1985 y se resolvió el 25 de marzo de 1987.²⁵⁷

El asunto se relaciona con la pérdida del estatus de la condición de indígena. En un intento de reducir el número de criadores de renos, según las normas suecas, si un Sami se dedicaba a cualquier otra profesión durante un período de tres años, perdía su estatuto y su nombre era eliminado de las listas de los *sameby* o *lappby*, de los poblados Sami. Con ello, se podría entender que se denegaba arbitrariamente los derechos inmemoriales de la minoría Sami. Kitok afirmaba haber heredado de sus antepasados el derecho civil a la cría de renos, los derechos a la tierra y al agua en la aldea de Sörkaitum. Para el demandado, los Samis no son un pueblo en el sentido del artículo 1º del convenio, por lo que su petición no prosperaría. Sin embargo, si se considera que son una minoría en Suecia, sí caerían bajo la protección del artículo 27º del pacto. Hay que tener en consideración el sistema legal doméstico entonces vigente, es decir, la *Reindeer Husbandry Act* de 1971. En el párrafo 4.3 de la decisión del comité leemos: «The pasture areas for reindeer husbandry are limited, and it is simply not possible to let all Sami exercise reindeer husbandry without jeopardizing this objective and running the risk of endangering the existence of reindeer husbandry as such».²⁵⁸

La cuestión que el demandante realmente planteaba era su derecho de regreso a la comunidad, su derecho a la readmisión como miembro de la comunidad Sami de Sörkaitum a pesar de la negativa de esta, pero no la pérdida de derechos derivada de la ley sueca: «The conflict that has occurred in this case is not so much a conflict between Ivan Kitok as a Sami and the State, but rather between Kitok and other Sami».²⁵⁹

Anteriormente, la junta del poblado Sami ya había decidido que Ivan Kitok, como propietario de renos domesticados, tenía ciertos derechos, pero

²⁵⁷ *Ivan Kitok vs. Sweden*, Comunicación n.º 197/1985, U.N. Doc. CCPR/C/33/D/197/1985 (1988).

²⁵⁸ *Id.*, 4.3.

²⁵⁹ *Id.*

no como el resto de la comunidad Sami del poblado en cuestión, de manera que no podía llegarse a la conclusión de que se le hubiera impedido disfrutar de su propia cultura. El demandante basó su petición en los artículos 1º y 27º del *Pacto de Derechos Civiles y Políticos* (PIDCP). Sin embargo, no existe apelación alguna del demandante Sami a la necesidad de la tierra en su faceta espiritual, en ninguna de las alegaciones efectuadas, cuestión en la que no entra tampoco el Estado demandado, ni el Comité.

En su decisión, el Comité de Derechos Humanos resolvió, invocando el precedente *Lovelace case* (n.º 24/1977, *Lovelace vs. Canada*), que «debe demostrarse que una restricción del derecho de un miembro individual de una minoría tiene una justificación razonable y objetiva y es necesaria para la viabilidad y el bienestar continuos de la minoría en su conjunto» Y, así, opinó que el Estado parte no había violado el artículo 27.²⁶⁰

2.1.2. *Sara et al. vs. Finlandia*

El asunto *Sara et al.*²⁶¹ derivó de la aprobación de la *Wilderness Act* finesa que permitía la construcción de carreteras para facilitar actividades de tala de árboles en tierras de pastoreo, en zonas especiales que constituían «el último espacio natural salvaje» de la zona, en una de las mejores para el pastoreo y supervivencia de los renos en condiciones climáticas extremas según los demandantes (parágrafo 2.6) Además, el sacrificio de estos tenía lugar en zonas próximas a tal carretera. Una buena descripción de las condiciones medioambientales y el valor de la zona se exponen en la parte fáctica de esta queja, que referencia la contaminación proveniente de la zona rusa de Kola. El artículo considerado como violado es, nuevamente, el 27º del PIDCP. Se invocaron además los casos *Kitok* y *Lubicon Lake* y el «Convenio 169» de la OIT. El caso no prosperó dado que no se cumplieron, a juicio del Comité los requisitos del apartado b) del párrafo 2 del artículo 5º del Protocolo Facultativo del PIDCP, esto es la falta de agotamiento de recursos internos.

²⁶⁰ Para. 9.8 de la Decisión. (*Kitok*).

²⁶¹ *O. Sara et al v Finlandia*, Communication n.º 431/1990, Decisión de 23 de marzo de 1994.

2.1.3. *Ilmari Länsman y otros vs. Finlandia*

En *Ilmari Länsman y otros c. Finlandia*, Communication n.º 511/1992 de 26 de octubre de 1994,²⁶² se alegó la vulneración del mismo artículo que en los anteriores casos, y tuvo también en común con ellos la actividad de empresas (en este caso mineras multinacionales).

La Junta Forestal Central había otorgado en 1989 una autorización a la Compañía de la piedra del Ártico para la extracción de piedra en una zona de 10 hectáreas en la ladera del monte Etelä-Riutusvaara por un periodo de cuatro años. Las actividades de la compañía afectaban sus tierras, ya que la extracción y el transporte de anortocita podría perturbar las actividades de cría de renos y el complejo sistema de cercados determinado por el medio natural (parágrafo 2.5 de la Decisión). Con ello entendían, de nuevo, que existía violación del artículo 27º del PIDCP.

Además, en este caso invocan como fundamentos jurídicos el «Convenio 169» de la OIT y anteriores decisiones del CDH, los casos *Ivan Kitok y Lubicon c. Canadá* (n.º 167/1984). Se añade (sin demasiado énfasis) que el monte Etelä-Riutusvaara, es un lugar sagrado de la antigua religión Sami, «donde en la antigüedad se sacrificaban renos», pero seguidamente se afirma que «no se tiene noticia de que los Samis que viven actualmente en la zona hayan seguido esas prácticas tradicionales desde hace varios decenios» (parágrafo 2.6), con lo que pierde intensidad la evocación del elemento religioso.

Ni la parte demandada ni la Comisión negaron el derecho a la cultura del artículo 27 del PIDCP, aplicándolo al caso y recordando el caso *Kitok*, entiende que «implica que el Comité aprueba el principio de que los Estados gozan de cierto grado de discreción en la aplicación del artículo 27º, lo que es normal en toda regulación de las actividades económicas» (parágrafo 7.12). Por lo que se refiere al caso *Lubicon*, no lo considera aplicable, al no ser comparables las «injusticias históricas» de las que este asunto trata con las del presente asunto (parágrafo 7.12).

Lo que sí realiza la Comisión es un estudio de la afectación de las actividades realizadas por la empresa en cuanto a la afectación de los derechos de este pueblo (parágrafo 9.1) llegando a la conclusión de que la cantidad

²⁶² *Ilmari Länsman y otros vs. Finland*, Comunicación n.º 511/1992, U.N. Doc. CCPR/C/52/D/511/1992, (1994).

de piedra extraída no era relevante a efectos de entender afectación del derecho a la cultura, por lo que el caso se desestimó.

2.1.4. *Länsman et al. contra Finlandia*

Jouni E. Länsman y otros Samis demandaron al Estado finés mediante una comunicación presentada el 28 de agosto de 1995.²⁶³ La tala de árboles para la construcción de una carretera que afectaba su hábitat y su principal ocupación, el pastoreo de renos. Junto a esta, la invocada en el anterior asunto de la extracción de piedra por empresas autorizadas por el Estado y, en este sentido, se remiten al anterior asunto, relativo a la tala de árboles. En los hechos expuestos por los demandantes se hizo constar la falta de resolución del problema relativo a la propiedad de sus tierras (párrafo 2.2).

Las bases jurídicas se reforzaron, si comparamos el presente con el caso anterior. Así, en el 3.1. se invoca el artículo 27º del PIDCP, y se citan los dictámenes de los casos anteriores, el «Convenio 169», el comentario general del «Comité 23» sobre el artículo 27º y el proyecto de *Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas*. No existe en este caso invocación profunda de la tierra como elemento espiritual. El Comité estimó que la noción de «cultura» que contempla el artículo 27 abarca la cría de renos, que es un elemento esencial de la cultura Sami (véase 6.5.) El asunto precedente, *Länsman*, fue invocado *a sensu* contrario por el Estado, alegando que el término «cultura» dispone la protección de los medios de sustento tradicionales de las minorías nacionales, en la medida en que sean esenciales para la cultura y necesarios para su supervivencia.

Poco margen, entendemos, dejan los demandados para que el Comité fuera a pronunciarse de forma distinta y más favorable a los demandantes. Al contrario, al entender del Comité que «la cuestión que hay que determinar es si la tala forestal [...] ya realizada y la proyectada, viola los derechos de los autores enunciados en el artículo 27º del Pacto». (párrafo 10.1). No niega que los demandantes tengan derecho al goce derivado del artículo 27º de PIDCP; más bien pondera la afectación de derecho por la actividad económica llevada a cabo.

No es lo único que resaltar. En el asunto se pone de manifiesto que el Comité de Pastores de Muotkatunturi había sido consultado durante la

²⁶³ *Länsman et al. vs.. Finland*. CCPR/C/58/D/671/1995 (1996).

elaboración del plan de tala de árboles (parágrafo 10.5) aparte de que las instancias judiciales internas habían ya examinado la cuestión de la afectación del derecho por la actividad económica que hemos mencionado.

Al tener esta un efecto limitado en las vidas de los Samis demandantes, al no probarse que la supervivencia de renos estuviere en peligro, el Comité en su Dictamen emitido a tenor del párrafo 4 del artículo 5º del «Protocolo Facultativo del *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*» del 22 de noviembre de 1996, entendió que no se había producido violación del artículo 27º del PIDCP.

2.1.5. *Anni Äärelä and Jouni Näkkäläjärvi vs. Finland*

Este caso²⁶⁴ no difiere demasiado de los que acabamos de comentar. La explotación de bosques y construcción de caminos amenazaban el derecho a disfrutar la cultura de estos Samis, en particular de la cría de renos. Aparte de basarse en la vulneración del artículo 27º del PIDCP, invocan el artículo 14 (garantías judiciales y derecho a una tutela judicial y efectiva), concretamente a los párrafos 1 y 2 del mismo texto.²⁶⁵

Asimismo, se invocan las decisiones recaídas en los casos *Sara vs. Finlandia* (comunicación N° 431/1990), *Kitok vs. Suecia* (comunicación N° 197/1985), *Lovelace vs. Canadá* (comunicación 24/1977), *Ominayak vs. Canadá* (comunicación N° 167/1984), *Ilmari Länsman vs. Finlandia* (comunicación N° 511/1992) y la «Observación general n° 23» del Comité de Derechos Humanos. Con anterioridad, los demandantes habían realizado determinadas acciones ante los tribunales domésticos con resultado negativo, viéndose, además, forzados a tener que pagar unas costas elevadas con relación a sus ingresos. No vieron satisfechas sus pretensiones en cuanto al artículo 27º, pues el Comité fue del parecer de que:

²⁶⁴ *Anni Äärelä and Jouni Näkkäläjärvi vs. Finland* (Communication No 779/1997), (2001). Report of the Human Rights Committee, Vol II UN doc A/57/40 at 117-130.

²⁶⁵ Esto ante «la decisión sin fundamentar del Tribunal Supremo de negarles la autorización de interponer recurso conculcó el derecho a un recurso efectivo en el sentido del párrafo 3 del artículo 2º del pacto.» Sostienen que la denegación de la autorización a recurrir al Tribunal Supremo, cuando se había demostrado la existencia de un error judicial en violación del artículo 14, significa que no había un recurso efectivo contra esa violación». Véase *Id.*, 3.4.

Nadie discute que los autores pertenecen a una cultura minoritaria y que la cría de renos es un elemento fundamental de su cultura. La posición adoptada por el Comité hasta ahora ha sido la de preguntar si la interferencia del Estado Parte en la actividad ganadera tiene tanta importancia que no permite proteger adecuadamente el derecho de los autores a gozar de su cultura» y en este sentido, entendió que no existía afectación bastante como para declarar existencia de vulneración.

El Comité, no obstante, sí consideró que existía «violación por Finlandia del párrafo 1 del artículo 14° del *Pacto*, considerado junto con el artículo 2° del *Pacto*, y, además, una violación del párrafo 1 del artículo 14° del *Pacto* separadamente considerado».²⁶⁶ Con ello, no tuvieron que hacer frente al montante a que ascendían las costas.

2.2. Los Samis ante la Comisión Europea de Derechos Humanos

2.2.1. *El caso Alta*

El primer caso de relevancia es el *caso Alta* o *G. y E. contra Noruega*,²⁶⁷ planteado ante la Comisión Europea de Derechos Humanos en 1981 y relativo a la construcción de una presa hidroeléctrica que afectaba gravemente a los derechos territoriales de G. y E. (lapones-samis). Los artículos invocados como vulnerados fueron el 1°, el 8°, el 10° y el 11° del «Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales» y el artículo 1° de su primer protocolo. La Comisión declaró inadmisible la petición, por estar manifiestamente infundada respecto a todos los reclamos presentados. Los demandantes argumentaron la pertenencia a una minoría, con una cultura y lengua diferenciados del resto de la sociedad noruega, la pobre educación que recibían en su propia lengua y el proceso de colonización comenzado en 1300, que llevó a invadir sus tierras, lo que se intensificó después de la Segunda Guerra Mundial.

En referencia a la cuestión de las minorías, la Comisión entendió que el Convenio no garantizaba ningún derecho específico a estas.²⁶⁸ Ahora bien, al no considerar que existe falta de respeto a su estilo de vida particular, se

²⁶⁶ Véase *Id.* 8.2.

²⁶⁷ Comisión Europea de Derechos Humanos, N° 9278/81 & 9415/81. Decisión de 3 de octubre de 1983.

²⁶⁸ *Id.*, p. 35.

planteaba si podía haber una vulneración del artículo 8º, pero consideró que no había indicios de que los demandantes hubieran sido tratados de una manera que pudiera considerarse discriminatoria, contraria al artículo 14º, ni que se les hubiera obligado a abandonar su estilo de vida.

Sobre las tierras, afirma la Comisión, los demandantes no parecían tener ningún derecho de propiedad sobre la zona en que se iba a construir la planta, en el sentido tradicional del concepto (de propiedad).²⁶⁹ Y frente a la alegación de que el valle en el que nacieron y en el que pretendían vivir quedaría en parte bajo el agua, la Comisión entendió que no alegaban que no pudieran continuar su vida como pastores de renos, pescadores y cazadores, respectivamente.

Aceptando que las consecuencias de la construcción de la central hidroeléctrica constituían una injerencia en su vida privada, como miembros de una minoría, que trasladan sus rebaños y ciervos a una distancia considerable, la Comisión estimó que se trataba de una superficie comparativamente pequeña (tan solo de 2,8 km²)²⁷⁰ con las vastas zonas de Noruega que se utilizan para la cría de renos y la pesca. Además, en virtud del artículo 8º, apartado 2 del convenio, una injerencia en los derechos enunciados en el apartado 1 del artículo 8º solo sería admisible si es conforme a derecho y necesaria en una sociedad democrática para alcanzar uno de los fines enumerados en el documento, como el bienestar económico del país. En ese caso, la injerencia podría considerarse razonablemente justificada.²⁷¹ En definitiva, consideró, como hemos dicho, infundadas sus pretensiones sin tener realmente en cuenta la realidad de estos grupos, ni su cultura, ni la situación de discriminación, ni el derecho a la tierra.

El asunto se convirtió en una cuestión político-económica y representaba la primera vez que Noruega se encontraba bajo la mirada del Comité de Derechos Humanos de la ONU, lo que causaba grave preocupación en la clase política. Siguiendo a Andersen y Midtun,²⁷² entre las siete percepciones locales del conflicto que enumera tras un estudio de los medios de

²⁶⁹ *Id.*, p. 35.

²⁷⁰ *Id.*, p. 36.

²⁷¹ *Id.*, p. 36.

²⁷² Andersen, S., Midtun, A. (1985). «Conflict and Local Mobilization: The Alta Hydropower Project.» *Acta Sociológica*, 28, p. 325.

comunicación y entrevistas a políticos y activistas²⁷³, tan sólo una, la séptima y última, hace referencia al *Lapp life-style and legal rights* aunque, al menos en sus conclusiones, menciona que este caso «revivió tradiciones culturales» y puso sobre la mesa los conflictos relacionados con el medio ambiente.

Por su parte Koivurova (2011) remarca cómo la Comisión interpretó el modo de vida de los Samis en términos económicos. Los problemas causados por la construcción del dique causaron fuertes protestas. El Tribunal Supremo de Noruega dictó sentencia por la cual se consideró legal la construcción, llevándose a término esta, en 1987. Pero la presión internacional condujo a una especial atención a la cuestión de los derechos medioambientales de los pueblos y comunidades indígenas que, finalmente, condujo a la *Finnmark Act* de 2005, que supuso un reconocimiento de derechos a estos, más amplio que el habido en los otros tres Estados en que habitan los Samis. Cuestiones, pues, ligadas a lo económico o medioambiental primaron, sin que en sus reclamaciones apareciera llamada alguna hacia el significado espiritual de la tierra.

2.2.2. *Könskäma and 38 other Sami villages vs. Sweden*

Este asunto²⁷⁴ tiene origen en la promulgación de un proyecto de ley (1992/93:32) mediante el cual, el Parlamento sueco modificaba y ampliaba el sistema de concesión de licencias para caza menor y pesca, afectando a zonas de pastoreo de renos. Este nuevo sistema condujo a la aprobación de la *Rennäringsföordningen* («ordenanza sobre pastoreo»). En virtud de esta, la Junta Nacional de Agricultura (Statens jordbruksverk) promulgó, el 30 de julio de 1993, una nueva normativa, tras la que las distintas Juntas Administrativas de los Condados (*länsstyrelserna*) la imitaron a nivel regional, como fueron los casos del Condado de Västerbotten y la del Condado de Jämtland. Los pueblos Sami de Västerbotten y Norrbotten recurrieron las decisiones de sus Juntas Administrativas de Condado sobre la concesión de licencias de pesca, alegando que no se ajustaban a la normativa de la Junta Nacional

²⁷³ Dicen los autores que una estudio de los periódicos locales y entrevistas con políticos y activistas revelaron los aspectos principales del asunto, que eran (1) las consecuencias locales de la construcción, (2) crecimiento vs conservación; (3) legitimidad de las autoridades e instituciones centrales; (4) poder de decisión local vs central; (5) confianza en las autoridades hidroeléctricas y en el sistema hidroeléctrico; (6) construcción hidroeléctrica en general y (7) estilo de vida y derechos legales de los lapones.

²⁷⁴ Application n.º 27033/95. Decisión de 25 de noviembre de 1996.

de Agricultura, pero las peticiones fueron desestimadas por sentencia de la Corte Suprema de lo Administrativo, con fecha 22 de junio de 1994.

Los demandantes llevaron el asunto a Estrasburgo e invocaron la vulneración de sus derechos exclusivos de caza y pesca en las zonas, del artículo 1º del protocolo 1º y el artículo 14º del mismo (la no-discriminación, ya que, a diferencia de otros propietarios, no se les permitiría conceder licencias de caza y pesca en lo que consideraban sus propiedades). Junto a los anteriores, alegaron la violación del artículo 6º.

La ordenanza sobre el pastoreo de renos privaba a los Samis de sus derechos exclusivos sobre sus tierras y de la posibilidad de conceder licencias para cazar o pescar en las zonas en cuestión. La Comisión se centró en que la existencia de tales derechos exclusivos no aplicaba, entendiendo que la legislación no contemplaba ningún derecho de tal carácter y que las aldeas Samis basaban sus reclamaciones en diversos hechos históricos de considerable complejidad.

La Comisión dejó abiertas cuestiones sobre las que no entró en el fondo y si bien trajo el asunto *Taxed Mountains* (que ya concedía «un mejor derecho», que no propiedad, sobre determinadas zonas de Jämtland), entendió que, dado que en tal asunto habían sido partes cinco de los demandantes, y en la medida en que podría considerarse que dicha sentencia determinaba la pretensión de esos cinco pueblos demandantes a los derechos exclusivos de caza y pesca, su demanda no se había presentado en el plazo de seis meses a partir de dicha sentencia, tal como exigía el artículo 26º del convenio. Respecto a la segunda cuestión, tampoco entró la Comisión a conocerla a fondo, entendiendo que no se habían agotado los recursos previos, por más que los demandantes hicieran valer la ineficacia de las vías oficiales, tal y como demostraban las decisiones precedentes. En definitiva, decayeron sus pretensiones.

La sentencia, en general, no contiene referencias a los derechos de los pueblos y comunidades indígenas y parece pobre en cuanto al derecho invocado puesto que (aparte de la legislación interna) menciona tan solo el PIDCP. La apreciación de los demandantes respecto a la ineficacia del uso de vías internas resulta reseñable: Estrasburgo consideró que no había lugar a su pretensión debido a la falta de agotamiento de vías internas, sin entrar a valorar de forma extensa la causa alegada por los demandantes como exención a tal regla general, pues nos parece que estos hacían una

llamada al derecho a su cultura desde una perspectiva meramente material, sin invocación, como en los casos anteriores, a la importancia del elemento espiritual de la tierra.

2.3. Los Samis ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos

2.3.1. *Johtti Sappmelaccatry and others vs. Finland*

En el caso *Johtti Sappmelaccatry y otros contra Finlandia*,²⁷⁵ del 18 de enero de 2005, se menciona en la descripción de los hechos que: «Los derechos de pesca de los Samis, que no poseen tierras tierra se basan en la costumbre desde tiempos inmemoriales, lo que se basa en el derecho civil y goza, como tal, de la protección constitucional». La promulgación de la *Fishing Act* (ley de pesca) extendía los derechos de pesca a no-samis con lo que la protección constitucional de sus derechos quedaba mermada.

Los argumentos de la demanda pasaban por entender que la demandante era una asociación dedicada a la promoción y protección de la cultura Sami, por lo que no existía una afectación individual, y los derechos que se contemplan en la ley de pesca sólo podían ser ejercidos por un Sami a título particular. Por lo tanto, el Tribunal consideró que el primer demandante, Johtti Sappmelaccatry, no podía, a los efectos del artículo 34º del convenio, reclamar que fuese una víctima. Así y en la medida en que la demanda fue presentada por una asociación, se entendió que resultaba incompatible *ratione personae* con el artículo 35º (apartados 3 y 4) del convenio. Por otra parte, Finlandia alegó la falta del agotamiento de recursos internos. El TEDH observó al respecto que la carga de la prueba correspondía entonces al Estado, quien no procedió a probar, más allá de la alegación, la existencia de remedio adecuado y efectivo para los Samis.

Por lo que se refería al fondo del asunto, a la extensión a residentes y no-samis de los derechos de pesca, estimó que estos no pertenecían exclusivamente a los Samis. El Gobierno había alegado el interés público para la sociedad finesa, mientras que el TEDH recordó la «complejidad» existente en cuanto al reconocimiento de derechos tradicionales históricos de los Samis. Junto a ello, volvió a la cuestión probatoria, a la demostración de la afectación de la ley a sus derechos. Y el hecho de que la ley extendiera dere-

²⁷⁵ *Johtti Sappmelaccatry and others vs. Finland*. Application 42969/98. 2005.

chos de pesca a no-samis no parecía que fuera a alterar la situación anterior, pues además mantenía la exención de pagos al ejercer sus derechos de pesca a perpetuidad. Si bien la ley contenía ciertas disposiciones relativas a las artes pesqueras, estas no tenían otro fin que el de proteger a la población marina. En definitiva, no se encontró injerencia en los derechos que por *Constitución* gozaban los Samis como tampoco entendió que hubiese una vulneración del artículo 8º (respecto a la vida privada y familiar): nuevamente, la falta de prueba fue determinante. En este caso, las referencias a la cultura también están vacías de contenido religioso, mencionando el uso de un idioma propio y el modo de vida de esta comunidad, caza pesca y pastoreo de renos. Resalta la llamada de los demandantes al derecho internacional (no contestado por parte del TEDH) en la errónea creencia de que el Estado finés iba a ratificar el «Convenio 169».²⁷⁶

2.3.2. *Handölsdalen Saami Village and others vs. Sweden*

En la descripción de los hechos que dan lugar al presente caso²⁷⁷ se hace referencia al uso histórico de la tierra regulado por la ley de 1971 por la que gozan del derecho a utilizar la tierra y el agua para el propio sustento de los Samis y el de sus renos y que sólo puede ser ejercido por los miembros de una aldea Sami. No tienen ningún estatus legal público según la decisión Konkama.

Los Samis habían sido demandados por determinados propietarios por estar usando la tierra para el pastoreo de renos sin contrato alguno, frente a lo que los Samis habían alegado tenerlo basándose en «1) prescripción desde tiempos inmemoriales (*urminnes hävd*), 2) las disposiciones de las leyes de pastoreo y cría de renos de 1886, 1898, 1928 y 1971, 3) la costumbre, o 4) el Derecho Internacional Público, más concretamente el artículo 27 del «Convenio de las Naciones Unidas sobre Derechos Civiles y Políticos», en relación a la sección 2 del capítulo 1 del *Regeringsformen* (parágrafo 10). Respecto a la prescripción desde tiempo inmemorial, tanto en primera instancia como después, se consideró que no se presentaron suficientes elementos para su constatación. Sólo podían probarse los últimos cincuenta años, lo

²⁷⁶ Originalmente se dice en: «the Sami population did not take the matter to the general court of first appeal, being confident that the State truly and sincerely intended to take steps to ratify ILO Convention 169 regarding indigenous people» *Id.*, 14.

²⁷⁷ Asunto Handölsdalen Saami Village and others vs. Sweden. Application no. 39013/04. 17 February 2009 (Admissibility). Judgment 30 March 2020.

que no era bastante. Presentaron un recurso ante la Corte Suprema, pero fue rechazado. El asunto quedaba circunscrito a la violación del artículo 6° y 41° del «Convenio Europeo», y no se aprecian avances respecto a los derechos de estos pueblos. En cualquier caso, la sentencia trata la cuestión de la *Reindeer Act*. Esta ley considera el derecho a la tierra y al agua de los Samis, siempre que pertenezcan a una villa Sami, como un usufructo económico libre de formalidades contractuales, de carga de impuestos y a ejercer de forma distinta según se trate de tierras estatales o privadas. En el párrafo 2 del artículo 3° se define la tierra de pastoreo de renos como la tierra que ha sido declarada así mediante el proceso de delimitación de las tierras de la Corona (*avvittring*, es decir, un proceso que tuvo lugar entre los siglos XVII y XX con el objetivo de separar las tierras privadas de las tierras de la Corona e imponer impuestos sobre las primeras).

Como se mencionó anteriormente, el derecho de pastoreo de renos se basa en la prescripción desde tiempos inmemoriales. Esto se especificó en la ley de cría de renos mediante una enmienda de 1993, tras la conclusión del Tribunal Supremo en el asunto de las *Taxed Mountains*: el derecho a ciertas zonas montañosas del norte de Suecia podía basarse en la prescripción desde tiempos inmemoriales en combinación con la ocupación. El periodo de cualificación es el de noventa años. En lo que respecta, más concretamente, al derecho de los Samis al pastoreo invernal basado en una prescripción desde tiempos inmemoriales, la zona no fue demarcada geográficamente en la *Reindeer Act*. Si existía una disputa sobre si un terreno en particular que se usaba tradicionalmente para el pastoreo durante ciertas épocas del año y, por lo tanto, podría usarse para el pastoreo de invierno, era cuestión que debía ser decidida por los tribunales sobre la base de las pruebas presentadas.

En el asunto *Taxed Mountains*, pesa la doctrina²⁷⁸ (ver párrafos 32 y 42 de la decisión) y no nos sorprende, por más que se considere que Europa se ha esforzado para asegurar la protección internacional de los derechos fundamentales, incluidos los de las minorías. Sin embargo, se ha hecho poco progreso en cuanto al reconocimiento de los derechos de los indí-

²⁷⁸ En este asunto, varias villas Sami reclamaron derechos de propiedad sobre las tierras situadas en las «taxed mountains». El Estado sueco sostuvo que el Estado es el dueño de las propiedades en disputa, y que sólo los derechos especiales indicados en la Ley de la cría de renos ahora pertenecen a los Sami y los pueblos Sami el derecho de uso de la tierra de los Sami está protegido por la constitución de la misma forma que los derechos de propiedad, es decir, sus derechos no pueden ser retirados sin compensación. El Sami tener ‘un derecho de usufructo firmemente protegido de un tipo particular, basándose en el uso y prescripción de vez inmemorial

genas, a pesar del número de comunidades que ya han sido reconocidas por los Estados europeos, como «pueblos indígenas».²⁷⁹ En esta decisión el juez Ziemele (en su voto particular) remarcó la condición del pueblo Sami como indígena, señaló la evolución experimentada por el Derecho Internacional, invocó el «Convenio 169», la *Declaración* de 2007 (artículos 26º y 27º), la labor del IWGIA, la del relator especial, la del mecanismo especial, la Observación General nº 23 a la *Declaración* y varios casos examinados por el Comité de Derechos Humanos en virtud del *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*.

Dice Ziemele, refiriéndose a estos instrumentos internacionales: «special rights and special measures have been introduced in an attempt to overcome discrimination against indigenous peoples and thus to achieve equal rights». Además, nos recuerda el pensamiento de Cançado Trindade cuando se refiere a la prueba diabólica que supone, para las comunidades indígenas, el tener que probar por medios que les son ajenos y costosos el uso por tiempo inmemorial de las tierras. Dice, en el parágrafo 6: «Se exigió a las aldeas Samis que presentaran cartas y escritos antiguos reconocidos como suficientes por la ley o pruebas testificales de que habían utilizado las tierras desde tiempos inmemoriales para el pastoreo invernal».

Al margen de la cuestión de si es apropiado y justo imponer tal carga a los Samis, está claro que este proceso requirió una investigación exhaustiva y condujo a que se elevaran los costes legales del procedimiento: para que los Samis pudieran participar en el proceso, tuvieron que pedir prestada una cantidad considerable de dinero al fondo Sami. Según la legislación sueca, los pueblos Samis no tenían derecho a la asistencia jurídica. Curiosamente, es el Reino de Suecia el que ha impuesto este modelo de aldeas Samis, sin tener en cuenta sus consecuencias, por ejemplo, en lo que se refiere a cues-

²⁷⁹ «There has been little progress in the area of indigenous rights despite the fact that a number of communities have already been recognized by European states as «indigenous peoples» en Ghislain, O., Aurélie, L. (2013). «Laurent Indigenous land claims in Europe: The European Court of Human Rights and the decolonization of property», *Arctic Review on Law and Politics*, vol. 4,2; pp. 156–180. Grote se refiere a «Europe's Peoples » en Grote, R. (2006). «On the Fringe of Europe: Europe's Largely Forgotten Indigenous Peoples» en *Am.Indian L. Rev.* 31, pp. 425–443. También Koivurova, T. (2011). «Jurisprudence of the European Court of Human Rights Regarding Indigenous Peoples: Retrospect and Prospects» en *International Journal on Minority and Group Rights*, 18, pp. 1-37.

tionen de asistencia jurídica.²⁸⁰ En la Observación de 21 de agosto del 2008, el Comité CERD declaró que:

It is also concerned about de facto discrimination against the Sami in legal disputes, as the burden of proof for land ownership rests exclusively with the Sami, and about the lack of legal aid provided to Sami villages as litigants. In the view of the CERD, this amounted to *de facto* discrimination.²⁸¹

Al Tribunal no pareció «pesarle» el derecho internacional, sino que miró tan sólo al derecho interno a la hora de establecer los derechos de estas comunidades, al igual que al exigir la prueba de la ocupación de las tierras (capítulo 15º del *Land Code*), sin referencia alguna al derecho internacional o regional (propio) cuando eran precisamente las normas internas las que habían provocado esa prohibición de la práctica religiosa, la división entre Samis según la ocupación tradicional (pastoreo de renos), la posibilidad de que los no Samis accedieran a sus derechos de caza y pesca, la del establecimiento en estos territorios y el acceso o imposición de un idioma, de escuelas y de religión. En definitiva, la pérdida forzada progresiva de la identidad propia de este pueblo.

De un lado, nos encontramos con que, en las reclamaciones efectuadas por los propios demandantes, el significado espiritual de la tierra está prácticamente ausente, quedando relegadas a los derechos económicos y culturales del tipo mencionado. De otro lado, las instancias europeas, la Comisión y el Tribunal, no interpretaron los derechos como la Corte IDH ya había establecido: no reconocieron derechos colectivos en un momento en que ya el derecho internacional ofrecía base para afirmar el derecho a la propiedad de la tierra, dado el significado que tiene. Es complejo entender

²⁸⁰ Literalmente dice: «the Sami villages were required to produce «old letters and writings deemed sufficient in law» or evidence by witnesses that they had used the land from time immemorial for winter grazing» Apart from the question whether it is appropriate and fair to place such a burden on the Sami, it is clear that this process required extensive research and contributed to the legal costs of the proceedings. So that the Sami could participate in the proceedings, they had to borrow a considerable amount of money from the Sami Fund. According to Swedish law, Sami villages are not entitled to legal aid. Interestingly, it is the Kingdom of Sweden that has imposed this model of Sami villages, without considering its consequences, for example with regard to legal-aid issues».

²⁸¹ Committee on the elimination of racial discrimination. 73ª session (2008). Doc. CERD/C/SWE/CO/18.

que no invocaran el elemento espiritual con la misma fuerza que los pueblos y comunidades indígenas en América.

En la conferencia de 1995²⁸² Magga señaló la relación fundamental de los pueblos indígenas con la tierra, lo que se contrapone con las afirmaciones del Samiskt Informationscentrum, que prácticamente niega las creencias tradicionales de los Samis al haberse convertido al cristianismo, en concreto al letadinismo. Hoy, con la creación de instituciones y organismos afines, se está tratando de recuperar cultura, idioma y tradiciones prácticamente perdidas y entre las que se encuentran las conectadas con las creencias, aunque pueda resultar algo «artificial».

2.4. Los Inuits ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea

Como ya hemos dicho, los Inuits y los Samis son los pueblos indígenas más representativos en Europa, aunque no los únicos. De los cuatro Estados en que los Samis habitan, dos de ellos, Suecia y Finlandia, son miembros de la Unión Europea. Los inuit habitan principalmente en Canadá (no europea), en Alaska (Estados Unidos), en la Federación Rusa (zona geográficamente asiática) y en Groenlandia (Dinamarca); pero esta isla fue retirada de la aplicación del Derecho de la Unión Europea en 1985. Sin embargo, son los Inuits los actores en el asunto C-398/13 *P Inuit Tapiriit Kanatami y otros (entre ellos, el Inuit Circumpolar Council Greenland (ICC-Greenland) contra Comisión Europea*.²⁸³ El asunto tiene su origen en el recurso de casación presentado frente a la sentencia del Tribunal General de la Unión Europea, que no acogió la pretensión de los Inuits que impugnaron, a título incidental, la legalidad del reglamento de aplicación de la Comisión Europea, al no hallarse legitimados activamente para impugnar el de base (nº 1007/2009). El recurso se refiere, en gran medida, a la cuestión competencial de las Instituciones de la Unión Europea (UE).

La abogada general, Kokkot, en las conclusiones presentadas el 19 de marzo de 2015, comienza formulando la pregunta de si, en 2009, aquéllas podían establecer «amplias prohibiciones de comercialización de productos

²⁸² 5th Common Property Conference. Bodø. (1995), p. 2. Magga fue el primer presidente del Parlamento Sami noruego, a cuyo frente estuvo desde 1989 a 1997.

²⁸³ «Recurso de casación: asunto ante el Tribunal General T-526/10» *sobre Inuit Tapiriit Kanatami y otros vs. Comisión Europea y otros*. Caso C-398/13 P. Sentencia del Tribunal de Justicia (2015). ECLI:EU:C: 2015:535.

derivados de la foca en el mercado interior». Aun existiendo una excepción para estas comunidades, los Inuits entendían que las prohibiciones les resultaban perjudiciales al regular la comercialización de productos derivados de la foca, atendiendo, en primer lugar, a las excepciones a la caza tradicional practicada por la población inuit y otras comunidades indígenas y contribuyan a su subsistencia. Además de la cuestión competencial en el marco institucional de la Unión, se reconocen derechos o privilegios para los Inuits, pero no exclusivos ni ilimitados. El reglamento n° 1007/2009 establece la «excepción inuit» en el artículo 3°, apartado 1, posibilitando a estos y a otras comunidades indígenas comercializar en el mercado interior europeo productos derivados de la foca obtenidos con métodos tradicionales de caza (con carácter limitado y solo para asegurar su subsistencia). No se podía exigir más al legislador de la Unión, dadas las circunstancias. Varias cuestiones merecen ser resaltadas. En primer lugar, la referencia a la definición de «inuit» que contiene el Reglamento n° 1007/2009 en el artículo 2, punto 4:

Los miembros indígenas del territorio inuit –es decir, las zonas árticas y subárticas en las que los inuit tienen actualmente o por tradición derechos e intereses aborígenes– reconocidos por los inuit como miembros de su pueblo y a los que pertenecen los inupiat, yupik (Alaska), inuit, inuvialuit (Canadá), kalaallit (Groenlandia) y yupik (Rusia).²⁸⁴

Por otra parte, el artículo 19° de la norma de la UE hace referencia al deber de consulta (y cooperación de buena fe) con los pueblos indígenas, al principio del consentimiento libre, previo e informado recogido en la *Declaración de Naciones Unidas* de 2007. En la *Declaración* se reconoce que, al ser un medio de subsistencia para este pueblo, la comercialización de productos entraría dentro de las excepciones contenidas en la norma. Kokkot²⁸⁵ hace referencia a que cuando la Unión «adopta un acto, está obligada a tomar en consideración todo el derecho internacional, incluido el derecho consuetudinario internacional que vincula a las instituciones de la Unión». ²⁸⁶

²⁸⁴ En pie de página 3 de estas Conclusiones, añade Kokkot: «Los inuit son una población indígena asentada fundamentalmente en las zonas árticas y subárticas del centro y el nordeste de Canadá, Alaska, Groenlandia y ciertos lugares de Rusia. El término «esquimales», utilizado con frecuencia en el lenguaje coloquial, comprende tanto a los inuit como a otros pueblos árticos».

²⁸⁵ «Conclusiones de la abogada general Juliane Kokott» sobre *Inuit Tapiriit Kanatami y otros vs. Comisión Europea y otros*. Caso C-398/13 P.

²⁸⁶ Cf. *Id.*, 86. Esta interpretación es efectuada con arreglo al artículo 3° del Tratado de la Unión Europea (TUE).

Ahora bien, tal referencia no es sino informadora (es decir: no cabe darle un valor normativo vinculante). Así se considera, afirmando que, además, no recoge costumbre internacional. Dice Kokkot:

Algunos importantes Estados donde viven comunidades indígenas, bien votaron expresamente en contra de la Resolución, bien se abstuvieron en la votación.²⁸⁷ En esas circunstancias (al menos, en el momento de la adopción del Reglamento de base, solamente unos dos años después de la solemne proclamación de la DNUDPI) no puede hablarse de un uso generalizado, ni de una convicción jurídica por parte de los sujetos de Derecho internacional afectados, en cuanto a los derechos de los pueblos indígenas.

Más adelante, afirma la abogada general que:

La falta de carácter de «hard law» de la DNUDPI no puede llevar a la errónea conclusión de que dicha Declaración carezca de relevancia para las instituciones de la Unión, pues, como «soft law», al menos goza de carácter recomendatorio y, además, tiene un innegable peso político.²⁸⁸

Poco más puede añadirse sobre la labor del TJUE sobre los pueblos y comunidades indígenas que desestimó, en la línea de la abogada general, el recurso de casación planteado por los Inuits, debiendo asumir solidariamente el pago de las costas del procedimiento.

3. Los pueblos y comunidades indígenas en las instancias americanas

3.1. El caso de la Tribu Aché y la Comisión Interamericana de Derechos Humanos

Recordemos, previamente, que varios textos legales resultan fundamentales para el reconocimiento de los derechos específicos de los pueblos indígenas en América: el *Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos*, el «Convenio 169» de la OIT, la *Declaración de Naciones Unidas* de 2007 y la

²⁸⁷ Menciona que los votos en contra fueron de Australia, Canadá, Nueva Zelanda y los Estados Unidos de América; respecto a las abstenciones, las de Bangladés, Kenia, Colombia, Nigeria y la Federación Rusa. En efecto, todos en estos Estados viven pueblos y comunidades indígenas.

²⁸⁸ Cf. *Id.*, 92.

Declaración americana de 2016.²⁸⁹ Antes del mencionado «Convenio 169», la Comisión Interamericana de Derechos Humanos se había pronunciado, tímidamente, en el *Caso de la Tribu Aché, contra Paraguay*, con fecha 27 de mayo de 1977.²⁹⁰

Este pueblo había recurrido ante la Comisión por el asesinato de numerosos indios y la venta de niños, por la negación de atención médica y medicinas durante epidemias, por malos tratos y tortura, por condiciones de trabajo inhumanas, así como por actos tendientes a destruir su cultura.²⁹¹ Estos hechos se habían comunicado tres años atrás, pero el Gobierno de Paraguay no respondió nunca. La Comisión, tal y como consta en los antecedentes de su resolución, expone que:

En su trigésimo quinto período de sesiones (mayo de 1975) adoptó un Acuerdo sobre el presente caso, en el cual aceptó provisionalmente la conclusión de que la política del Gobierno del Paraguay no es una política de genocidio de los Indígenas Aché, sino una política orientada a promover la asimilación y ofrecer protección dentro de las posibilidades de recursos limitados, habiéndose establecido la ‘Colonia Nacional Guayakí en 1960’.²⁹²

Ello, sin embargo, no impidió que mandara:

Observar al Gobierno del Paraguay que tales hechos configuran gravísimas violaciones al derecho a la vida, a la libertad, a la seguridad e integridad de la persona (Art. I de la *Declaración americana de los Derechos y Deberes del Hombre*); al derecho a la constitución y a la protección de la familia (Art. VI); al derecho a la preservación de la salud y al bienestar (Art. XI); derecho al trabajo y a una justa retribución (Art. XIV); y al derecho al descanso y a su aprovechamiento (Art. XV).²⁹³

²⁸⁹ *Declaración americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas*. AG/RES. 2888 (XLVI-O/16). (2016).

²⁹⁰ Comisión interamericana de Derechos Humanos. Caso 1802, Tribu Aché, Paraguay (1977).

²⁹¹ Clavero, B., Hitchcock, R., Koperski, T. Flowerday, C., Münzel, M. Melià, B., Servin, J., Edeb, P. (2008). *Los Aché de Paraguay. Discusión de un genocidio*. IGWIA.

²⁹² Comisión interamericana de Derechos Humanos. Caso 1802, Tribu Aché, Paraguay (1977).

²⁹³ *Id.*

El caso de los Aché fue considerado posteriormente por la Comisión en 1987 y 2001, pero nunca se impuso sanción alguna al Gobierno paraguayo.²⁹⁴ En cuanto al reconocimiento en sede judicial se invocó el *Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos* y el «Convenio 169» de la OIT desde los primeros intentos, así como las primeras decisiones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Pronto la *Declaración* de 2007 hizo aparición en las decisiones. Ha de tenerse en cuenta, como ya apuntamos arriba, que este texto carece en principio de fuerza vinculante al tratarse de una resolución de la AGNU pero que ha ido adquiriendo fuerza gracias a la invocación de los tribunales.

No tenemos reparos en afirmar que es en el continente americano donde los pueblos y comunidades indígenas han obtenido un resultado positivo más acorde con lo que el Derecho Internacional ha ido reconociendo. Existe una diferencia fundamental si lo comparamos con el escenario europeo y las decisiones de las diversas instancias. Aquí observamos que, a diferencia del «Convenio Europeo de Derechos Humanos», poca cabida se ha dado a una interpretación del derecho a la propiedad de las tierras de forma colectiva, en tanto que la de la Convención americana sí ha alcanzado a este tipo de propiedad.

Pero hay, también, una importante diferencia entre los resultados obtenidos por los pueblos indígenas de la parte norte del continente y la del centro-sur, la parte hispana. Esto se deriva de varios factores: de una parte, el instrumento utilizado en América del Norte para la adquisición de tierras de los indígenas fue el de la firma de tratados con las tribus al que hicimos referencia antes, en tanto que en la del centro y sur, la toma de las tierras se produjo sin instrumento alguno, por ocupación, de la que se liberaron al emerger a la independencia. No se quiere decir con ello que la primera situación fuese mejor. Casi, al contrario. Los mencionados tratados fueron firmados muchas veces por quienes no representaban a toda la nación indígena determinada y, siempre, bajo el desconocimiento de lo que era firmado. Así, perdieron «legalmente» sus tierras, sin posibilidad de recuperación. Esto explica, en parte, la casi ausencia de asuntos ante una Corte, la Corte Interamericana de Derechos Humanos cuando se trata de planteamientos colectivos.

²⁹⁴ Véase Valiente, H. «El genocidio Aché: de la protección internacional a la jurisdicción universal». *Estudios sobre el Genocidio*, año 11, vol. 15, pp. 98-119.

En general, podemos afirmar que los asuntos de la Corte presentan un denominador común de partida: el despojo de las tierras ancestrales de los pueblos y comunidades indígenas y la consiguiente reclamación de su derecho a la propiedad. Desde este, la vulneración de otros derechos contenidos en la Convención americana (y en instrumentos de protección internacionales) se ven afectados. En relación con la tierra, podremos comprobar una diferencia con los asuntos «europeos» y es la puesta de manifiesto del elemento espiritual que representa la tierra, con toda fuerza. En una breve comparación, los asuntos de los Samis tienen un marcado carácter material-económico como ya hemos señalado. La invocación del elemento espiritual es débil.

Desde el caso *Mayagna* hasta el más reciente caso *Nuestra Tierra vs. Argentina*, la Corte IDH ha venido construyendo una rica doctrina sobre la propiedad de sus tierras y su significación, especialmente en una interpretación amplia de los derechos humanos que también difiere de lo acontecido en Europa.

3.2. Los pueblos y comunidades indígenas ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos

3.2.1. *El Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua*

Este caso, que ha vertido tanta doctrina, representa una suerte de *leading case* respecto a la alegación de los derechos de pueblos y comunidades indígenas.²⁹⁵ Como tantos otros, tiene su origen en la explotación de madera, que afectaba directamente a las tierras en que esta comunidad habitaba y respecto a la que no fueron consultados. Los demandantes consideraron vulnerados el artículo 1º (obligación de respetar los derechos.), el artículo 11 (derecho a la honra y dignidad), el artículo 12º (libertad de conciencia y de religión), el artículo 16º (derecho a la libertad de asociación), el artículo

²⁹⁵ *Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua*. Serie C nº 66 y 79. Sentencia (Fondo) de 31 de agosto de 2001. Sobre este asunto, véase Isa, F. G. (Ed.). (2013). *El caso Awas Tingni*. Universidad de Deusto; o, del mismo autor, Gómez Isa, F. (2017). «The Decision by the Inter-American Court of Human Rights on the Awas Tingni vs. Nicaragua Case (2001)». *The Implementation Gap. The Age of Human Rights Journal*, 8, pp. 67–91. Iglesias Vázquez, M.A. (2016). «La Protección de los Derechos de las Comunidades Indígenas en la Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos». *Principia Iuris*, pp. 260-298.

2º (Deber de adoptar disposiciones de derecho interno), el artículo 21º (Derecho a la propiedad privada), el artículo 22º (Derecho de circulación y de residencia), el artículo 23º (derechos políticos) y el artículo 25º (protección judicial) de la Convención. Adelantemos que la Corte consideró que sí existía vulneración de los artículos 21º y 25º en relación con los artículos 1. 1º y 2º de la Convención. La falta de argumentación en el escrito de los demandantes hace que decaigan las vulneraciones de los demás artículos que se alegan violados.

La Corte concluyó la vulneración del artículo 25º, relacionándolo con el 1.1 y el artículo 2º (en base a que la *Constitución* nicaragüense contempla un marco normativo para reconocer y proteger las propiedades de las comunidades indígenas,²⁹⁶ pero no implementó su desarrollo). Así, la no adopción de medidas adecuadas que permitieran la delimitación, demarcación y la titulación de las tierras de comunidades indígenas hizo que el artículo 25º de la Convención se considerase vulnerado. Además, se entendió que no bastaba con la mera existencia de ley o de procedimiento en sí, sino que estos debían ser idóneos para tal fin, sirviendo de medio eficaz para remediar vulneraciones. La Corte afirmó el carácter autónomo de las disposiciones de los tratados internacionales de derechos humanos, resaltando su carácter evolutivo, a interpretar de acuerdo con los cambios de la sociedad, además de que la interpretación de la Convención no podía hacerse de modo restrictivo o limitador de los derechos y libertades, en consonancia con lo establecido en el artículo 29º b de esta.

Según estatuyó la Corte en el párrafo 151 de la sentencia, la carencia de un título real sobre la propiedad de la tierra no era óbice para dar efectos al reconocimiento de la propiedad de los indígenas sobre la tierra, en virtud de la aplicación del derecho consuetudinario, del que se desprende que la posesión de aquella debe bastar para que tal reconocimiento se eleve a oficial. Observamos en este aspecto la importante diferencia entre Cortes interamericana y europea, con la que disintió el juez Ziemele, dejando constancia de ello con su voto en el caso *Handölsdalen Saami Village and others vs. Sweden*.

He aquí dos afirmaciones a resaltar que después serán invocadas en sentencias de la Corte y otras instancias y que distan, en general, de las pronunciadas en sede europea (y del Comité de Derechos Humanos): el

²⁹⁶ *Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua*, párrafo 122.

significado de la tierra como algo material a la vez que espiritual, la especial cosmovisión de la tierra de los pueblos indígenas y la no necesidad de un título material de reconocimiento de esa propiedad sobre las tierras.

Afirma la Corte que la Convención reconoce y ampara la propiedad de las comunidades sobre sus tierras ancestrales y que la propiedad sobre aquéllas es de carácter comunal; que las tierras no son enajenables, no pueden ser donadas, vendidas, embargadas ni gravadas y son imprescriptibles. Las comunidades tienen un especial lazo con ella, pues conforman un elemento material y espiritual del que deben y tienen derecho a gozar, incluso a fin de preservar su legado cultural. Esta significación es resaltada, después, en el voto razonado conjunto por los jueces Cançado Trindade, Abreu Burelli y Pacheco Gómez, en los que se recuerda la importancia vital de la tierra para las comunidades como medio de subsistencia y como lugar sagrado en el que se encuentran los antepasados y las divinidades. La importancia de este fallo es una:

Contribución positiva a la protección de la forma comunal de propiedad prevaleciente entre los miembros de dicha Comunidad. Esta concepción comunal, además de los valores en ella subyacentes, tiene una cosmovisión propia, y una importante dimensión intertemporal, al poner de manifiesto los lazos de solidaridad humana que vinculan a los vivos con sus muertos y con los que están por venir.²⁹⁷

Respecto a las reparaciones, la Corte afirma que la sentencia es «*per se*, una forma de reparación para los miembros de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni», condenando al Estado al pago por daño inmaterial y costas. Un voto disidente fue presentado por el Juez Montiel Argüello, para quien no existió violación de los artículos 21º y 25º y, en consecuencia, no se dieron las reparaciones.

3.2.2. *El caso Comunidad indígena Yakye Axa contra Paraguay*

Aunque el presente asunto²⁹⁸ invoca el caso anterior y la doctrina por él establecida, adelantamos que esta intenta reparar, insatisfactoriamente, el

²⁹⁷ Cf. parágrafo 15 del voto conjunto de los jueces Cançado Trindade, Abreu Burelli y Pacheco Gómez *Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua*.

²⁹⁸ *Comunidad indígena Yakye Axa vs. Paraguay*. 2005. A esta sentencia, sigue la de su interpretación, sentencia de 6 de febrero de 2006.

dictado de la primera en cuanto a la vulneración del derecho a la vida, ampliando la doctrina vertida y mencionado ampliamente el «Convenio 169».

Como ya dijimos en otra obra,²⁹⁹ las tierras del Chaco paraguayo fueron vendidas a empresarios británicos a finales del siglo XIX. A principios del siglo XX se instalaron en ellas algunas misiones anglicanas, como la Makxlawaya que estableció estancias ganaderas. Esto trajo como consecuencia el traslado de las comunidades indígenas demandantes a las estancias Sombrero Piri, La Patria y El Estribo. El desplazamiento de la comunidad Yakye a esta última resultó calamitoso: el hábitat y el *modus vivendi* diferirían enormemente del que gozaban en las tierras ancestrales del Chaco, amén de la marginación sufrida respecto de la comunidad Makxlawaya, para los que el Estribo era su principal asentamiento. Con este nuevo escenario, no sólo era imposible celebrar sus prácticas culturales, sino que sus vidas corrían serio peligro. Las vulneraciones de la Convención alegadas fueron no sólo los artículos 21° o 25° sino el artículo 4° (derecho a la vida) y el artículo 8° (garantías judiciales).

Insistió la Corte en que (en cuanto a las garantías judiciales) no basta con que existan el derecho y el recurso para hacer frente a las violaciones de los derechos fundamentales contenidos en la Convención, sino que los procedimientos deben ser idóneos, efectivos y suficientes para establecer si se ha incurrido en una vulneración, proporcionando lo necesario para remediarla.

Por lo que se refiere al artículo 21°, resalta la significación especial de la propiedad comunal de las tierras ancestrales para los pueblos indígenas, inclusive para preservar su identidad cultural y transmitirla a las generaciones futuras, poniendo de manifiesto las (insuficientes) gestiones que había realizado el Estado para hacer plenamente efectivo este derecho (parágrafo 123). Establece aquí un diálogo con el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, pero a los efectos, no de reconocer derecho alguno sobre las tierras de los pueblos y comunidades indígenas, sino al de alinearse en cuanto a que «los tratados de derechos humanos son instrumentos vivos, cuya interpretación tiene que acompañar la evolución de los tiempos y las condiciones de vida actuales»; ello, a la vez que invoca la Convención de Viena sobre el Derecho

²⁹⁹ Iglesias Vázquez, 2016, p. 271.

de los Tratados de 1969 y las reglas de interpretación de los tratados contenidas en esta.³⁰⁰ Por ello y recordando su jurisprudencia anterior³⁰¹ reitera que:

El *corpus juris* del Derecho Internacional de los Derechos Humanos está formado por un conjunto de instrumentos internacionales de contenido y efectos jurídicos variados (tratados, convenios, resoluciones y declaraciones). Su evolución dinámica ha ejercido un impacto positivo en el Derecho Internacional, en el sentido de afirmar y desarrollar la aptitud de este último para regular las relaciones entre los Estados y los seres humanos bajo sus respectivas jurisdicciones. Por lo tanto, esta Corte debe adoptar un criterio adecuado para considerar la cuestión sujeta a examen en el marco de la evolución de los derechos fundamentales de la persona humana en el derecho internacional contemporáneo.³⁰²

En consonancia con el «Convenio 169», la Corte IDH recuerda el significado material y espiritual de la tierra, lo que ya había pronunciado anteriormente, reconociendo su cosmovisión, su cultura particular. Cuando se refiere a la tierra entiende que este derecho alcanza los recursos naturales ligados a su cultura y los elementos inmateriales que se desprendan de ella. Y, aunque las normas internas paraguayas reconozcan estos derechos, no basta la letra, sino su efectividad. Recuerda las limitaciones del derecho a la propiedad de la Convención (cuyo origen está en los ordenamientos internos) que deben aplicarse teniendo en cuenta la realidad de estos pueblos y la afectación a su cultura.

La tierra está estrechamente relacionada con sus tradiciones y expresiones orales, sus costumbres y lenguas, sus artes y rituales, sus conocimientos y usos relacionados con la naturaleza, sus artes culinarias, el derecho consuetudinario, su vestimenta, filosofía y valores.³⁰³

Por lo que respecta al artículo 21º, la Corte IDH confirma y extiende el alcance de sus anteriores pronunciamientos y, en este sentido (como luego se verá), creó historia y ha sido invocado en casos posteriores tratados por la propia Corte u otras instancias, como la Comisión y Corte africana de

³⁰⁰ *Tyrer vs. The United Kingdom*, 5856/72, Judgment of 25 April 1978. Series A n.º A26, párrafo 31.

³⁰¹ IDH. *Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados*. Opinión Consultiva OC-18/03 de 17 de septiembre de 2003. Serie A n.º 18, párrafo 120.

³⁰² *Id.*, 128.

³⁰³ *Id.*, 154.

Derechos Humanos y de los Pueblos. No obstante, esta sentencia tiene sus sombras. No se entiende la conclusión de la Corte en lo que se refiere al derecho a la vida: esta recuerda, primero, que el derecho a la vida es un derecho básico sin el cual los demás no cobran sentido, y establece que una de las obligaciones que ineludiblemente debe asumir el Estado es la de protegerlo y garantizarlo, generando condiciones de vida mínimas compatibles con la dignidad de la persona, evitando que se produzcan condiciones que la dificulten o impidan, adoptando medidas positivas, concretas y orientadas a la satisfacción de ese derecho, en especial cuando se trata de personas en situación de vulnerabilidad y riesgo, como los niños. Sin embargo, después (y tras reconocer que existe violación del artículo 4. 1º de la Convención), se pronunció de la siguiente forma:

No cuenta con elementos probatorios suficientes para demostrar la violación del Derecho a la Vida consagrado en el artículo 4.1 de la Convención americana sobre Derechos Humanos, en perjuicio de dieciséis miembros de la Comunidad indígena Yakye Axa, en los términos de los párrafos 177 a 178 de la presente Sentencia.³⁰⁴

Esto condujo al voto disidente conjunto del juez Cançado y del juez Ventura Robles que apuntan en el párrafo 6:

Lo que escapa a nuestra comprensión es que la Corte, después de haber establecido una violación del artículo 4. 1º de la Convención en los términos anteriormente mencionados (párrafo 3, *supra*), estimó que no contaba con elementos probatorios suficientes para demostrar la violación del derecho a la vida en perjuicio de miembros de la Comunidad indígena Yakye Axa.³⁰⁵

Como ya la Corte había afirmado en *Villagrán Morales y Otros vs. Guatemala* (caso de los «Niños de la Calle», Sentencia sobre el fondo, del 19 de noviembre de 1999, párrafo 144), recordaron que:

El derecho a la vida es un derecho humano fundamental, cuyo goce es un prerequisite para el disfrute de todos los demás derechos humanos.

³⁰⁴ *Id.*, 178.

³⁰⁵ Cf. párrafo 6 del Voto Disidente Conjunto de los jueces A.A. Cançado Trindade y M.E. Ventura Robles en el Caso Comunidad indígena Yakye Axa vs. Paraguay. Sentencia de 17 de junio de 2005.

De no ser respetado, todos los derechos carecen de sentido. Debido al carácter fundamental del derecho a la vida, no son admisibles enfoques restrictivos del mismo. En esencia, el derecho fundamental a la vida comprende, no sólo el derecho de todo ser humano de no ser privado de la vida arbitrariamente, sino también el derecho a que no se le impida el acceso a las condiciones que le garanticen una existencia digna. Los Estados tienen la obligación de garantizar la creación de las condiciones que se requieran para que no se produzcan violaciones de ese derecho básico y, en particular, el deber de impedir que sus agentes atenten contra él.³⁰⁶

Además, merece la pena resaltar la siguiente afirmación:

La entrega definitiva de sus tierras a los miembros de la *Comunidad Indígena Yakye Axa* constituye una legítima y necesaria forma de reparación no-pecuniaria, en las circunstancias del *cas d'espèce*, que la Corte Interamericana tiene plena facultad de ordenar, a la luz de lo dispuesto en el artículo 63(2) de la Convención americana. No se trata sólo de una *restitutio*, volviendo al vulnerable *statu quo ante* de la Comunidad victimizada, sino además de asegurar la *garantía de no-repetición* de los hechos lesivos de especial gravedad.³⁰⁷

En la sentencia sobre interpretación, nos encontramos nuevamente con la aportación de Cançado Trindade:

Uno no puede vivir en un constante desarraigo y abandono. El ser humano tiene necesidad espiritual de raíces. Los miembros de comunidades tradicionales valoran particularmente sus tierras, que consideran que a ellos pertenece, así como, al revés, ellos pertenecen a sus tierras. En el presente caso, la entrega definitiva de las tierras a los miembros de la Comunidad Yakye Axa es una forma necesaria de reparación, que además protege y preserva su propia identidad cultural y, en última instancia, su derecho fundamental a la vida *lato sensu*.³⁰⁸

³⁰⁶ *Id.*, párrafo 2.

³⁰⁷ *Id.*, párrafo 7.

³⁰⁸ Cf. párrafo 13 del voto del juez Cançado Trindade. Interpretación de la Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 6 de febrero de 2006.

3.2.3. *Sawhoyamaxe vs. Paraguay*

El valor de este caso, Comunidad Indígena Sawhoyamaxe vs. Paraguay³⁰⁹ se puede resumir en el párrafo final con el que el juez Ventura Robles cierra su voto razonado:

Al dictar por unanimidad la sentencia en el caso de la Comunidad Sawhoyamaxe, la Corte Interamericana rectificó una sentencia – Caso de la Comunidad indígena Yakye Axa – en la cual había prevalecido una interpretación restrictiva del derecho a la vida y retomó el camino, señalado en sentencias anteriores, específicamente el Caso de los Niños de la Calle 344, en que la interpretación amplia de la violación de los derechos humanos, especialmente a la vida, señalaba siempre el rumbo de las sentencias del Tribunal. Y así ha debido ser siempre.³¹⁰

En efecto, la sentencia Yakye había dejado un sabor amargo al acercarse a la violación del derecho a la vida sin concretar después la misma, a pesar de los hechos que se relatan en la misma. Sí había incidido en el derecho a la propiedad de las tierras volviendo a remarcar su carácter comunal y su significación, pero de poco sirve sin el sustento de la vida.³¹¹

3.2.4. *Los asuntos contra Surinam: el Caso Moiwana y el Caso Saramaka*

Cercanos en el tiempo son dos asuntos similares, Moiwana y Saramaka. Ambos tienen su antecedente en los esclavos africanos que fueron llevados por la fuerza a América durante el siglo XVII. La sentencia reviste interés especial por cuanto la Corte va a extender los derechos de las comunidades indígenas a las comunidades tribales. Por lo que se refiere a los hechos, en el primero destaca el ataque perpetrado el día 29 de noviembre de 1986 por miembros de las fuerzas armadas de Suriname al pueblo N'djuka Maroon de Moiwana. La comunidad fue arrasada y en la masacre murieron más de

³⁰⁹ Caso *Comunidad Indígena Sawhoyamaxe vs. Paraguay*. Sentencia de 29 de marzo de 2006 (Fondo, Reparaciones y Costas).

³¹⁰ Cf. párrafo 15 de su voto razonado.

³¹¹ Similar asunto al anterior es el *Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek. vs. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de agosto de 2010 Serie C n.º 214 que tiene lugar sobre hechos en la misma zona del Chaco paraguayo.

cuarenta hombres, mujeres y niños. El resto tuvo que huir, abandonando sus tierras ancestrales.³¹²

En el segundo, los hechos que dan lugar a este asunto se refieren al desplazamiento del pueblo peticionario respecto de las tierras que ocupaban, fruto de la inundación de la construcción de una reserva hidroeléctrica en los años sesenta sobre la que los pobladores nunca prestaron consentimiento.³¹³ Además, determinadas concesiones mineras habían sido otorgadas por el Estado sin evaluación de impacto ambiental alguno. El plan futuro del Estado pasaba por incrementar el nivel de la reserva para aumentar los suministros de energía, lo que presuntamente causaría el desplazamiento forzoso de más Saramakas. Ello fue objeto de reclamación por la comunidad ante las autoridades internas en el año 2003, alegando la grave reducción de sus recursos de subsistencia, la destrucción de sus sitios sagrados y la falta de respeto hacia los restos enterrados de los Saramaka fallecidos.

Los derechos invocados como vulnerados son, en ambos, la violación de los artículos 21º (derecho a la propiedad), en relación con las obligaciones de respetar, garantizar y hacer efectivo a nivel interno dicho derecho, de conformidad con los artículos 1. 1º y 2º de la misma, del artículo 3º, derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica y del artículo 25º, derecho a la protección judicial, todos ellos de la Convención americana de Derechos Humanos. En el caso *Moiwana*, se invoca además la vulneración del artículo 5º, el derecho a la integridad física y moral.

Una primera cuestión que la Corte se planteó fue la de determinar si el pueblo N'djuka Maroon de *Moiwana* y la comunidad Saramaka, dadas sus raíces no indígenas, escapan a la protección del Derecho Internacional de los Derechos Humanos respecto del derecho a la posesión colectiva de la propiedad. Tras el examen de las características de esta comunidad, la Corte llegó a la conclusión de que se trataba de comunidades tribales, que, si bien poseían características sociales, culturales y económicas propias y diferenciadas de otros pueblos indígenas, se asemejaban a éstos por la concepción de la tierra y sus recursos como fuente necesaria para la continuidad de la vida, y de la identidad cultural de los miembros, manteniendo con aquélla una fuerte relación espiritual. Debido a la consideración como pueblo tribal, entendió aplicable a éstos la jurisprudencia anterior, declarando la

³¹² *Caso de la Comunidad Moiwana vs. Suriname* Sentencia de 15 de junio de 2005 (Excepciones Preliminares, Fondo, reparaciones y Costas).

³¹³ *Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam*. Sentencia del 28 de noviembre de 2007.

necesidad de medidas especiales, conforme al derecho internacional de los derechos humanos, a fin de garantizar la supervivencia física y cultural de dicho pueblo. Ello interpretando el artículo 21° de la Convención americana (protección del derecho de los miembros de los pueblos tribales al uso y goce de la propiedad comunal) a la luz del artículo 29° b) de esta, que prohíbe interpretar disposición alguna de la Convención en el sentido de limitar el goce y el ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes internas del Estado en cuestión y del «Convenio 169» de la OIT.

El derecho a la propiedad comunal de los pueblos indígenas y tribales en Surinam fue objeto de estudio en el caso *Moiwana*. Surinam no les reconocía tal derecho en su legislación interna. Ya lo habían constatado el Comité de Naciones Unidas para la Eliminación de la Discriminación Racial, la Comisión de Naciones Unidas de Derechos Humanos y el relator especial de la Comisión de Naciones Unidas sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas. Surinam no había ratificado el «Convenio 169» de la OIT, pero sí los dos pactos de 1966. Al ser parte de la Convención americana y a la luz de la anterior jurisprudencia de la Corte IDH, podían invocar los derechos derivados del artículo 21° de la Convención interpretado a la luz de los derechos reconocidos en los artículos 1° y 27° del PIDCP. En consecuencia, los N'djuka Maroon de *Moiwana* y los *Saramaka* entendían que disfrutaban del derecho al goce de su propiedad de conformidad con su tradición comunitaria.

En el caso *Saramaka* esa falta de legislación había sido excusada por el demandado alegando, de un lado, la falta de claridad del sistema de posesión de la tierra de los *Saramaka*; además de la complejidad de las cuestiones y el tratar de evitar lo que sería una discriminación respecto a quienes no forman parte de una comunidad tribal o indígena; argumentos frente a los cuales la Corte constató que: 1) el Estado tiene a su alcance los medios para realizar las oportunas averiguaciones, tiene obligación de consultar y solicitar una aclaración sobre ello a fin de cumplir con sus obligaciones conforme al artículo 21° de la Convención y 2) que es un principio establecido en el derecho internacional que el trato desigual a personas en condiciones desiguales no necesariamente constituye discriminación no permitida. La legislación que reconoce dichas diferencias no es, por lo tanto, necesariamente discriminatoria. Para ello se apoya en la doctrina del TEDH vertida en el caso *Connors vs. Reino Unido*, en la que el tribunal de

Estrasburgo declaró que los Estados tienen la obligación positiva de adoptar las medidas necesarias para salvaguardar y proteger los diferentes estilos de vida de las minorías con el fin de garantizarles el derecho a la igualdad ante la ley. Igualmente, basó su afirmación en lo previsto en el artículo 14° de la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación Racial y en la Recomendación General n.º 23, Derechos de los Pueblos Indígenas del Comité de Naciones Unidas para la Eliminación de la Discriminación Racial, en el que se hace un llamamiento a los Estados para que adopten medidas tendentes a reconocer y garantizar los derechos de los pueblos indígenas.

Recordando la doctrina vertida en los asuntos *Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni* y *Caso de la Comunidad Indígena Yakye Axa*, la Corte IDH reiteró que el título de su territorio es necesario a fin de garantizar el uso y goce permanente de dicha tierra; uso y disfrute que debe poderse gozar conforme a sus tradiciones y costumbres y que engloba el derecho a los recursos naturales que se encuentran en y dentro de las tierras, incluso los recursos naturales bajo la superficie. Ello de acuerdo no solo con la jurisprudencia anterior del tribunal, sino bajo la interpretación dada por otros tribunales, como la Corte Suprema de Canadá y la Corte Constitucional de África del Sur o la Comisión africana sobre Derechos Humanos y de los Pueblos. Además, las concesiones para la exploración y explotación de los recursos naturales violaban el derecho consagrado en la Convención. En el caso, las concesiones efectuadas por el demandado no cumplieron con el deber de consulta, ni tuvieron en cuenta la realización de una Evaluación de Impacto Ambiental. Respecto a la primera, la Corte invocó el asunto *Comunidades Indígenas Maya en el Distrito de Toledo vs Belice* o el informe del relator especial sobre la situación de los derechos humanos y libertades fundamentales de los pueblos indígenas.

Otro de los derechos vulnerados en el caso Saramaka es el artículo 3° de la Convención, lo que se produjo al negar a estos pueblos el derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica. Con ello, las comunidades devenían inelegibles conforme al derecho interno para poder recibir el derecho comunal a la tierra en calidad de comunidad tribal. La Corte consideró que este derecho es una de las medidas especiales que se debía proporcionar a los grupos indígenas y tribales a fin de garantizar que éstos pudieran gozar de sus territorios según sus tradiciones. Ésta es la consecuencia natural del

reconocimiento del derecho que tienen los miembros de los grupos indígenas y tribales a gozar de ciertos derechos de forma comunitaria.

En ambos asuntos, la Corte declaró la existencia de vulneración del derecho a la propiedad de acuerdo con el artículo 21° de dicho instrumento, así como el derecho a la protección judicial conforme al artículo 25° del mismo cuerpo legal, así como la obligación general de los Estados de adoptar las medidas, legislativas o de otra índole, que sean necesarias para hacer efectivos esos derechos y respetar y asegurar su libre y pleno ejercicio sin discriminación, de conformidad con los artículos 2° y 1.1° de la Convención, respectivamente.

La violación del artículo 5° de la Convención es invocado en el caso N'djuka Maroon de Moiwana. La Corte constató los sufrimientos padecidos por los miembros de este grupo, que ni pudieron atender debidamente a sus muertos, ni acceder a la justicia para que procediera a una investigación efectiva de los hechos acaecidos en 1986.

Nos parece que este asunto pierde interés por el hecho de que la Corte entendió no tener competencia para examinar los hechos del 29 de noviembre de 1986, la masacre acontecida, aunque sí procedió a examinar el cumplimiento por parte del Estado de su obligación de garantizar el derecho a la integridad personal, que tradujo en la obligación de investigar y de obtener una sanción para los ejecutantes y que alcanzaría a la imposibilidad, para los miembros de la comunidad Moiwana, de honrar adecuadamente a sus seres queridos fallecidos. Con ello, el derecho a la integridad quedó conectado con el respeto a su cultura y a la libertad religiosa.

Destaca en general (y en el asunto Saramaka, en particular), la abundante jurisprudencia invocada. La Corte, aparte de referirse a su propia doctrina de los casos anteriores, añade nuevas referencias de la jurisprudencia nacional, como la de la Corte Suprema de Canadá en el asunto *Delgamuukw* de 1997, o la del asunto *Alexkor Ltd. and the Government of South Africa vs. Richtersveld Community and Others* de 2003, de la Corte Constitucional de África del Sur; jurisprudencia regional, como la de la Comisión africana sobre Derechos Humanos y de los Pueblos, caso de los Endorois de 2001, y finalmente, internacionales, como la de los asuntos relativos de comunidades indígenas de Finlandia, *Länsman y otros vs. Finlandia* o los asuntos *Apirana Mahuika y otros vs. Nueva Zelanda*, o *Iván Kitok vs. Suecia*.

Las referencias a los textos de derecho internacional también son muy frecuentes. Así, al «Convenio 169» de la Organización Internacional del Trabajo sobre Pueblos Indígenas y Tribales, a la Declaración de Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, al *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*, al *Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales*, al Comité de Naciones Unidas para la Eliminación de la Discriminación Racial, relator especial de la Comisión de Naciones Unidas sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas y al Banco Mundial.

3.2.5. Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador

El Pueblo Kichwa de Sarayaku habita en la región del Ecuador Amazónico, en una de las zonas de mayor biodiversidad en el mundo. Su *modus vivendi* se caracteriza porque viven de la agricultura familiar colectiva, la caza, la pesca y la recolección dentro de su territorio, de acuerdo con sus tradiciones y costumbres ancestrales. Tal y como refiere la sentencia:

De acuerdo con la cosmovisión del Pueblo Sarayaku, el territorio está ligado a un conjunto de significados: la selva es viva y los elementos de la naturaleza tienen espíritus (Supay), que se encuentran conectados entre sí y cuya presencia sacraliza los lugares. Únicamente los Yachaks pueden acceder a ciertos espacios sagrados e interactuar con sus habitantes.³¹⁴

En la década de los sesenta, el Ecuador comenzó una serie de actividades hidrocarburíferas que condujeron al descubrimiento de importantes reservas de crudo en la región amazónica de este país. Al efecto de explotarlas, el Estado adjudicó, con fecha 12 de mayo de 1992, el territorio de la Comunidad Sarayaku bajo ciertas condiciones, entre la que se encontraba la de que: «a) La presente adjudicación se inspira en el triple propósito de proteger los ecosistemas de la Amazonía ecuatoriana, de mejorar las condiciones de vida de los miembros de las comunidades indígenas y de precautelar la integridad de su cultura».³¹⁵

Para la realización de actividades de prospección y explotación, se contrató al consorcio conformado por la Compañía General de Combustibles

³¹⁴ Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador. Fondo y Reparaciones. Serie C n.º 245 (2012). Cf. parágrafo 57 de la sentencia.

³¹⁵ *Id.*, 62.

tibles S.A. (CGC) y la Petrolera Argentina San Jorge S.A. En el marco de las obligaciones del contratista se establecían, entre otras, la elaboración de un Estudio de Impacto Ambiental que nunca llegó a efectuarse. Desde tal fecha se produjeron sucesos graves como resultado de la oposición del pueblo Sarayaku a las actividades en cuestión y la decidida actuación de la empresa, cuyos trabajadores fueron protegidos por Fuerzas Armadas; tal y como consta en el párrafo 105 de la sentencia. Algunas de aquellas se describen como sigue:

La empresa abrió trochas sísmicas [...] habilitó siete helipuertos [...] destruyó cuevas, fuentes de agua, y ríos subterráneos, necesarios para consumo de agua de la comunidad; taló árboles y plantas de gran valor medioambiental, cultural y de subsistencia alimentaria de Sarayaku [...] la entrada de helicópteros destruyó parte de la denominada Montaña Wichu kachi, o «saladero de loras», lugar de gran valor para la cosmovisión del Pueblo Sarayaku [...]. Los trabajos de la petrolera ocasionaron la suspensión, en algunos períodos, de actos y ceremonias ancestrales culturales del Pueblo, tales como la Uyantsa, su festividad más importante que tiene lugar cada año en febrero, y la línea sísmica pasó cerca de lugares sagrados utilizados para ceremonias de iniciación de joven a adulto.³¹⁶

El asunto fue llevado al Defensor del Pueblo y ante los tribunales en recurso de amparo sin resultado positivo alguno. En el caso Sarayaku, la vulneración del derecho a la propiedad comunal indígena es igualmente el epicentro alrededor del cual se producen el resto de las violaciones, tales como las del derecho a informar, a la tutela judicial efectiva y a la vida e integridad de las personas. Fiel a su estilo, parte la Corte de la consideración del artículo 21º de la Convención americana y para determinar el alcance de este precepto evoca su jurisprudencia anterior vertida en el *Caso de la Comunidad Sarayaku (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua*, *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya vs. Paraguay* y *Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay*.

En consecuencia, recordó que la Convención americana protege la estrecha vinculación entre los pueblos indígenas y sus tierras, que entre ellos existe una tradición comunitaria sobre una forma comunal de la propiedad colectiva de la tierra distinta de la concepción clásica de la misma y por la cual, su pertenencia no se centra en un individuo, sino en el grupo y su comunidad y que el uso y disfrute de los recursos naturales de la tierra son

³¹⁶ *Id.*, 105.

elementos imprescindibles para la supervivencia de estas comunidades y para la protección de su particular cosmovisión e identidad cultural y espiritual. En cuanto a la posibilidad de imponer limitaciones a este derecho, el Tribunal vuelve a retomar la sentencia *Yakye Axa vs. Paraguay*, y el *Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam*, para recordar que aquéllas deben ser admisibles, necesarias, proporcionales, establecidas por ley y con un fin legítimo que no implique denegación de la subsistencia como pueblo.

En este caso, se estimó que el Estado debió garantizar el derecho a la consulta de los planes, la realización de un estudio de impacto ambiental y, como forma de indemnización, la de compartir razonablemente los beneficios obtenidos. El derecho a la consulta es necesario para garantizar la participación de los pueblos y comunidades indígenas en las decisiones relativas a medidas que afecten sus derechos y, en particular, su derecho a la propiedad comunal. Pero la consulta, no debe agotarse en un mero trámite formal, sino que debe concebirse como un verdadero instrumento de participación que debe responder al objetivo último de establecer un diálogo entre las partes, basado en los principios de confianza y respeto mutuos y con miras a alcanzar un consenso entre las mismas; debe realizarse, además, a través de procedimientos culturalmente adecuados, en conformidad con sus tradiciones, asegurándose del total conocimiento de los posibles riesgos. Como se apuntó arriba, la vulneración del derecho a la propiedad comunal y el derecho a la consulta afecta a otros derechos, así como a la identidad social y cultural de estas comunidades, un derecho fundamental y de naturaleza colectiva de los indígenas, que debe ser respetado en una sociedad multicultural, pluralista y democrática.

El tribunal basó esta afirmación en el meritado «Convenio 169» de la OIT sobre pueblos indígenas y tribales, en la *Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas* y en otros instrumentos internacionales de la UNESCO, además de en la jurisprudencia de la Comisión africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, vertida en el caso Endorois, que había citado en el caso anterior, y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en casos relativos a minorías, finesas, también señalados, por primera vez, en el asunto Saramaka. Se consideró que el Estado no cumplió con el deber de adoptar las disposiciones de derecho interno necesarias para cumplir con los derechos previstos en la Convención, el derecho a un juicio justo y el derecho a la vida e integridad de las personas.

3.2.6. *El Caso Lhaka Honhat (Nuestra Tierra) vs. la República de Argentina*

La Corte IDH ha venido mostrándose innovadora en cuanto a la interpretación del derecho a un medio ambiente sano y a otros derechos derivados del derecho a la vida como se demuestra en el *Caso Lhaka Honhat* («nuestra tierra») *vs. la República de Argentina*³¹⁷ en el que, además, trató el derecho a una alimentación adecuada y el derecho al agua. Los derechos que se consideraron vulnerados son los artículos 21º, 23º, 8º, 25º, 1º y 2º de la Convención americana.

Este asunto se sometió a la Corte IDH el día 1 de febrero de 2018, por parte de la CIDH en apoyo de las comunidades indígenas miembros de la Asociación *Lhaka Honhat*. Junto a la vulneración del derecho a la propiedad de las tierras ancestrales (en este caso por no haber procedido a la titulación de aquellas, pese a las dos décadas transcurridas desde su petición) la CIDH entendió que pasaba también por no haber emprendido acciones efectivas de control de la deforestación de sus tierras, ejecutándose en ellas determinadas obras públicas y otorgándose concesiones para la exploración de hidrocarburos, sin llevar a cabo antes los correspondientes previos estudios de impacto social y ambiental, incumplándose el principio de consulta previa, libre e informada.³¹⁸

Después de recordar la doctrina anterior sobre las tierras ancestrales de los pueblos indígenas vertida en asuntos antes indicados, como el asunto *Awas Tingni*, *Yakye Axa*, *Saramaka*, *Sawhoyamaya* o el asunto *Kuna de Madungandí* y *Emberá de Bayano*, la Corte concluyó que, a pesar de que realmente habían existido actos de reconocimiento de la propiedad, el Estado no había procedido a titular ni a demarcar aquella de forma adecuada, lo que conducía a una falta de seguridad jurídica. Señaló, además, que «Argentina, además, no cuenta con normativa adecuada para garantizar en forma suficiente el derecho de propiedad comunitaria».³¹⁹

Pero lo que nos lleva a traer este asunto es el hecho de que se trata de la primera vez que, en un asunto contencioso, la Corte IDH analizó (como adelantamos) los derechos a un medio ambiente sano, a la alimentación adecuada, al agua y a la identidad cultural; derechos separados, pero que

³¹⁷ *Lhaka Honhat vs. Argentina*. Corte Interamericana de Derechos Humanos. 2020.

³¹⁸ Debe hacerse aquí referencia a que se trata de unas tierras en las que vivían criollos que no fueron parte en el procedimiento.

³¹⁹ *Id.*, 167.

son interdependientes en cuanto a que la vulneración del debido derecho a la tierra afecta al resto, incluido el derecho a la cultura. Interpretando el artículo 26° de la Convención americana, la Corte IDH consideró que el derecho a un medio ambiente sano debe considerarse incluido entre los derechos protegidos por tal precepto, entendiendo que los Estados están obligados a usar todos los medios a su alcance con el fin de evitar que las actividades que causen daños significativos al ambiente.

Por lo que se refiere al derecho a la vida (digna) entendió que no puede darse esta cuando existe falta de acceso a los alimentos que hacen posible una nutrición adecuada para preservar la salud. En este sentido, la Corte IDH procedió a la interpretación de los derechos contenidos en el *Pacto de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales* de 1966 recordando la observación general doceava del Comité de este pacto³²⁰ en la que el Comité afirma que:

El derecho a una alimentación adecuada está inseparablemente vinculado a la dignidad inherente de la persona humana y es indispensable para el disfrute de otros derechos humanos consagrados en la *Carta Internacional de Derechos Humanos*. Es también inseparable de la justicia social, pues requiere la adopción de políticas económicas, ambientales y sociales adecuadas, en los planos nacional e internacional, orientadas a la erradicación de la pobreza y al disfrute de todos los derechos humanos por todos.³²¹

Señalan Ronconi y Barraco que «hasta hace muy poco tiempo, la Corte IDH no había reconocido las vulneraciones de los DESCAs de forma directa (por aplicación del artículo 26 de la CADH) sino que lo hacía por su conexión con otros derechos civiles y políticos»³²². Y es precisamente con esta sentencia como la Corte procede a hacerlo (recordemos que el derecho a la alimentación, al acceso a los alimentos, había sido tratado en el asunto *Xákmok Kásek. vs. Paraguay* de 2010). La Corte IDH vuelve a alzarse en instancia innovadora con su interpretación amplia de los derechos que los

³²⁰ NNUU. Consejo Económico y Social. Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Doc. E/C. 12/1999/5 (1999). En esta Observación, el Comité trató determinadas cuestiones sustantivas que se plantean en la aplicación del PIDECS como el derecho a una alimentación adecuada (artículo 11).

³²¹ Cf. *Id.*, 4, p. 2.

³²² Ronconi, L., Barraco, M. (2021). «La consolidación de los DESCAs en la Corte Interamericana de Derechos Humanos: reflexiones a propósito del caso *Lhaka Honhat vs. Argentina*». *Revista de la Facultad de Derecho*, 50.e105.

textos de protección de los derechos humanos confieren a los pueblos y comunidades indígenas.

3.2.7. *La supervisión conjunta de los asuntos relativos a las Comunidades indígenas Yakye Axa, Sawhoyamaxa y Xákmok Kásek y el Paraguay, los «tres casos»*

El 24 de junio de 2022 la Corte IDH dictó Resolución sobre «Supervisión de cumplimiento de sentencia». En el «Visto» que introduce hizo alusión a las resoluciones de «cumplimiento de Sentencia emitidas por la Corte el 8 de febrero de 2008 y el 14 de mayo de 2019 en relación con el presente caso, así como las emitidas el 24 de junio de 2015 y 30 de agosto de 2017, mediante las cuales se supervisaron de manera conjunta tres casos contra Paraguay relativos a las Comunidades indígenas Yakye Axa, Sawhoyamaxa y Xákmok Kásek». En esta Resolución, la Corte IDH declaró que «el Estado dio cumplimiento total a tres medidas de reparación; cumplimiento parcial a dos reparaciones, y concluyó la supervisión de cumplimiento respecto a otra medida».³²³ Resalta el párrafo 60 de la resolución, en el que la Corte señaló la gravedad de que hubieran transcurrido 17 años desde la emisión de la sentencia sin que el Estado hubiera logrado dar cumplimiento completo a las reparaciones pendientes. Ello por la falta de cumplimiento de las medidas relativas a delimitar, demarcar, titular y entregar las tierras alternativas a la Comunidad Yakye Axa y a brindarles de manera adecuada y suficiente bienes y servicios básicos para la subsistencia de sus miembros.

Esto llevó a determinar que la violación de los derechos de los Yakye Axa respecto a su propiedad comunal y su derecho a una vida digna persistían, soportando precarias condiciones de vida. Así, estableció mantener abierto el procedimiento de supervisión de la sentencia principal, manteniendo también abierto el de supervisión respecto a la entrega del territorio tradicional, el suministro de bienes y servicios básicos para su subsistencia, la creación de un programa y fondo de desarrollo comunitario, la adopción de las medidas legislativas, administrativas o de otro carácter y la publicación en diario de circulación nacional de ciertas partes de la sentencia. Una supervisión reforzada se imponía en este caso y, así, la Corte dispuso que procedía que:

³²³ Cf. *Yakye Axa, Sawhoyamaxa y Xákmok Kásek vs. el Paraguay*. Resolución de la Corte IDH (24 de junio de 2022), p. 2.

El Estado presente a la Corte Interamericana de Derechos Humanos, cada cuatro semanas, a partir de la notificación de la presente resolución, un informe sobre el cumplimiento de las medidas relativas a la entrega del territorio tradicional a los miembros de la comunidad indígena Yakye Axa en lo concerniente a la titulación y a la construcción del camino de acceso a sus tierras alternativas, así como al suministro de bienes y servicios básicos para la subsistencia de los miembros de la comunidad. El Estado deberá continuar presentando informes cada cuatro semanas, por el tiempo que esta Corte considere necesario.³²⁴

Todo ello con la participación con observaciones respecto de la actuación del Estado en aras al íntegro cumplimiento de lo debido a las víctimas y la visita *in loco* si fuere necesario. No se agotan en los expuestos, los asuntos presentados en la Corte IDH. A la fecha de finalización de este trabajo quedan contenciosos por resolver derivados de las vulneraciones de los derechos de los pueblos y comunidades indígenas en Brasil (véase *Comunidades Quilombolas de Alcântara vs. Brasil*), Colombia (*Pueblos Indígenas U'wa y sus miembros vs. Colombia*), Ecuador (*Pueblos Indígenas Tagaeri y Taromenane vs. Ecuador*), Guatemala (*Comunidad Indígena Maya Q'eqchi' Agua Caliente vs. Guatemala*) o en Nicaragua (*Pueblos Rama y Kriol, Comunidad de Monkey Point y Comunidad Negra Creole Indígena de Bluefields y sus miembros vs. Nicaragua*). Esto pone de manifiesto que continúan las violaciones de los derechos de estos grupos, pero se puede intuir que la Corte IDH se pronunciará en su favor, como ha venido haciendo, contribuyendo, así, a enriquecer la jurisprudencia que ha servido y sirve a otros pueblos y comunidades de otras zonas geográficas del mundo.

3.2.8. Las reparaciones en la Corte IDH

Toda violación de un ilícito internacional engendra responsabilidad internacional³²⁵ y, con ella, un deber de reparación. Las violaciones de los derechos contenidos en la Convención americana constituyen las de un instrumento regional internacional, por lo que es de aplicación el derecho

³²⁴ *Id.*, 20.

³²⁵ Ya el Tribunal Permanente de Justicia Internacional (TPJI) estatuyó este principio en el caso Wimbledon, de 1923 o en el Chorzow de 1927 o Phosphates in Morocco de 1938, lo que fue retomado por el Tribunal Internacional de Justicia (TIJ), desde el caso Corfu Channel de 1949, asuntos que son mencionados en el informe de la Comisión de Derecho Internacional en su 53ª sesión (p. 32), Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts with Commentaries de 2001.

internacional. En el momento de la aprobación del *Pacto de San José*, en 1969, aún no se habían elaborado los Artículos sobre la Responsabilidad Internacional del Estado por Hechos Internacionalmente Ilícitos (AR-SIWA), aprobados por la AGNU en 2001³²⁶ que vienen a recoger la práctica existente en materia de responsabilidad y reparaciones.³²⁷ Este hecho hace más interesante el observar cómo la Corte IDH ha ido estableciendo las reparaciones debidas.

El apartado primero del artículo 63º del *Pacto* reza: «Cuando decida que hubo violación de un derecho o libertad protegidos en esta Convención, la Corte dispondrá que se garantice al lesionado en el goce de su derecho o libertad conculcados. Dispondrá, asimismo, si ello fuera procedente, que se reparen las consecuencias de la medida o situación que ha configurado la vulneración de esos derechos y el pago de una justa indemnización a la parte lesionada».

Señala García Ramírez que se trata de un precepto heterogéneo que reúne instituciones de distinta naturaleza.³²⁸ Observa que la Corte ha ido determinando las reparaciones desde la «indemnización compensatoria» hasta el de «reparaciones», remarcando que la reparación de las violaciones cometidas constituye uno de los principios fundamentales del actual Derecho de gentes y que la obligación de reparar es de Derecho Internacional.³²⁹ En igual sentido, se observa que la Corte ha establecido que los criterios

³²⁶ Documento AG/56/83. 85ª sesión plenaria de 12 de diciembre de 2001. Anexo Responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos.

³²⁷ Los ARSIWA constituyen un paso importante en la codificación y el desarrollo progresivo del Derecho internacional. La mayor parte de estos artículos son considerados costumbre internacional. Han sido invocados por la jurisprudencia del TIJ, ad ex en el llamado Genocide case y por otros, como arbitrales: SGS Société Générale de Surveillance S.A. v Republic of the Philippines (ICSID Case n.º ARB/02/6), Decision on Objections to Jurisdiction, 29 January 2004, Noble Ventures, Inc. v Romania (ICSID Case n.º ARB/01/11), Award of 12 October 2005. Técnicas Medioambientales Tecmed S.A. v United Mexican States (ICSID Additional Facility Case n.º ARB(AF)/00/2), Award of 29 May 2003. Etc. Al respecto, ver la obra de Olleson, Simon «The impact of the ILC's Articles on Responsibility of States for International Wrongful Acts. British Institute of International and Comparative Law. (Draft online). Del mismo autor, Simon Olleson, «Internationally Wrongful Acts in the Domestic Courts: The Contribution of Domestic Courts to the Development of Customary International Law Relating to the Engagement of International Responsibility», en *Leiden Journal of International Law* (2013), 26, pp. 615–642, 2013.

³²⁸ García Ramírez, S. (1987). «Las reparaciones en el sistema interamericano de Derechos Humanos». Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, p. 130.

³²⁹ *Id.*, p. 139.

para determinar las reparaciones en un caso concreto son los del derecho internacional.³³⁰

No se establecen en el artículo 63º de la Convención, antes reproducido, las formas de garantía y reparación, pero comprobamos que las señaladas en las distintas sentencias (sobre el fondo) de la Corte IDH siguen la práctica a la que los Artículos atienden. Ya en el caso Velásquez Rodríguez contra Honduras,³³¹ se hizo alusión al deber de reparación por parte de los Estados: «El Derecho internacional de los derechos humanos no tiene por objeto [...] sino amparar a las víctimas y disponer la reparación de los daños que les hayan sido causados por los Estados responsables de tales acciones».³³² dice la Corte. Después, haciendo referencia a la Convención, añade:

Como consecuencia de esta obligación los Estados deben prevenir, investigar y sancionar toda violación de los derechos reconocidos por la Convención y procurar, además, el restablecimiento, si es posible, del derecho conculcado y, en su caso, la reparación de los daños producidos por la violación de los derechos humanos.³³³

En este asunto, La Corte IDH acordó establecer una indemnización compensatoria en forma y cuantía a determinar de común acuerdo entre el Estado demandado y la Comisión demandante.³³⁴ En el primero de los asuntos expuestos, el caso Awas Tingni, dice la Corte IDH, siguiendo la línea de la sentencia Velásquez Rodríguez:

Según las reglas del derecho de la responsabilidad internacional del Estado aplicables en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, la acción u omisión de cualquier autoridad pública, independientemente de su jerarquía, constituye un hecho imputable al Estado que compromete su responsabilidad en los términos previstos por la Convención americana.³³⁵

³³⁰ Herencia Carrasco, S. (2010). «Las reparaciones en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos», en Elsnér, G. Ambos, K. Malarino, E. (2010). *Sistema interamericano de protección de los derechos humanos y derecho penal internacional*, vol. 2, p. 386.

³³¹ Corte IDH. Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras. Sentencia de 29 de julio de 1988 (Fondo). Cf. para.

³³² *Id.*, 134.

³³³ *Id.*, 166.

³³⁴ Cf. *Id.*, párrafo 194.

³³⁵ Cf. *Id.*, párrafo 154.

Estas normas de Derecho Internacional se recogen en los ARSIWA. En los capítulos I³³⁶ y II³³⁷ de la segunda parte de estos artículos se establecen los principios de cesación y no repetición (artículo 30º) y el de reparación (artículo 31º). El artículo 34º contiene las Formas de Reparación: «La reparación íntegra del perjuicio causado por el hecho internacionalmente ilícito adoptará la forma de restitución, de indemnización y de satisfacción, ya sea de manera única o combinada, de conformidad con las disposiciones del presente capítulo». La *restitutio in integrum* (artículo 35º) es la forma ideal de reparación, pero no siempre es posible, de manera que, cuando restablecer esa situación anterior no es posible, se contempla la indemnización, lucro cesante incluido (artículo 36º). Si el perjuicio no puede ser reparado mediante *restitutio* o indemnización, procede la satisfacción proporcional y de forma no humillante para el Estado responsable (artículo 37. 2º). En este caso, cabe el reconocimiento de la violación, una expresión de pesar, una disculpa formal o cualquier otra modalidad adecuada. Además, el artículo 38º contempla la posibilidad de pagar intereses desde la fecha en que debería haberse pagado la suma principal hasta la fecha en que se haya cumplido la obligación de pago.

La aprobación de estos artículos coincidió con la sentencia *Awas Tingni* que está impregnada del Derecho Internacional, por cuanto que invoca, respecto a las reparaciones, tanto la jurisprudencia del Tribunal Permanente de Justicia Internacional, como del Tribunal Internacional de Justicia, en concreto los asuntos *Factory at Chorzów* y *Reparation for Injuries Suffered in the Service of the United Nations*. No siendo posible en este caso la *restitutio*, se estableció la obligación del Estado de adoptar medidas internas tendentes a delimitar, demarcar y titular las tierras ancestrales; las medidas de reparación pasan, además, por determinar una cantidad destinada a inversión por daño inmaterial (indemnización), por estatuir que la sentencia *per se* es una forma de proceder a aquélla (satisfacción). En el asunto *Yakye*, la Corte IDH, sin mencionar los ARSIWA,³³⁸ consideró que «el artículo 63. 1º de la Convención refleja una norma consuetudinaria que constituye uno de los principios fundamentales del Derecho Internacional contemporáneo sobre

³³⁶ Naciones Unidas. Responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos. Resolución aprobada por la Asamblea General. Doc. A/RES/56/83. 28 de enero de 2002. Segunda Parte: *Contenido de las Responsabilidad Internacional del Estado*. Capítulo I: *Principios Generales*.

³³⁷ *Id.* Capítulo II: Reparación del Perjuicio.

³³⁸ Además, la Corte IDH, invoca en esta sentencia los casos *Caesar*, *Huilca Tecse*, y las *Hermanas Serrano Cruz*.

la responsabilidad de los Estados», después, parece ir siguiendo el orden reflejado en los artículos, aunque se hace referencia a la no repetición en la sección destinada a «otras formas de reparación». Así, recordó la *restitutio in integrum* y de no ser posible, la adopción de medidas tendentes, no sólo a que se garantice el respeto de los derechos vulnerados, sino a que se reparen las consecuencias que produjeron las infracciones y se establezca el pago de una indemnización como compensación.

Procedió, además, a señalar la reparación por daños inmateriales³³⁹ concretada en la creación de un programa y un fondo de desarrollo comunitario, para lo cual determinó la cantidad de 950.000 dólares americanos. Consideró que la sentencia, declarando la violación por parte del Estado, constituía *per se* una forma de reparación y completó las reparaciones ordenando la entrega de los territorios tradicionales a los Yakye, el suministro de bienes y servicios básicos, la adecuación de la legislación paraguaya a la Convención, una acción pública de reconocimiento de responsabilidad internacional y, finalmente, la publicación y difusión de las partes pertinentes de la Sentencia de la Corte.

De forma muy similar se pronunció la sentencia recaída en la Comunidad Indígena Sawhoyamaxe contra Paraguay. En el asunto Xákmok Kásek encontramos aplicada la devolución de las tierras tradicionales a los miembros de la comunidad al ser «la medida de reparación que más se acerca a la *restitutio in integrum*».³⁴⁰ Se acordaron otras medidas de satisfacción, concretadas en un acto público de reconocimiento de la responsabilidad internacional, la publicación y difusión radiofónica de la sentencia y medidas de rehabilitación, como el del debido suministro de bienes y prestación de servicios básicos, estableciendo, expresamente, garantías de no repetición. Por el daño material estableció indemnizaciones y por el inmaterial, tuvo en cuenta la significación especial que la tierra tiene para los pueblos indígenas, ordenando crear un fondo comunitario, como en la sentencia Yakye y determinando una cantidad (700.000 dólares) para hacerlo efectivo. En el asunto Saramaka, la Corte estableció, en primer lugar, medidas de satisfacción y no repetición, declarando la sentencia como forma de reparación y la indemnización cuantificable por daños materiales e inmateriales.³⁴¹ Los párrafos 170 y 171 de la sentencia Moiwana, invocando previa jurisprudencia de la

³³⁹ Cf. párrafo 200 de la sentencia Yakye.

³⁴⁰ Cf. párrafo 281 de la sentencia Xákmok Kásek.

³⁴¹ Cf. pp. 58 a 63 de la sentencia Saramaka.

Corte y no la internacional, dejó sentada su doctrina sobre las reparaciones, partiendo del artículo 63º, que refleja costumbre internacional:

La reparación del daño ocasionado por la infracción de una obligación internacional requiere, siempre que sea posible, la plena restitución (*restitutio in integrum*), la cual consiste en el restablecimiento de la situación anterior a la violación. De no ser esto posible, como en el presente caso, cabe al tribunal internacional determinar una serie de medidas para que, además de garantizar el respeto de los derechos conculcados, se reparen las consecuencias producidas por las infracciones y se establezca, *inter alia*, el pago de una indemnización como compensación por los daños ocasionados. La obligación de reparar, que se regula en todos los aspectos (alcance, naturaleza, modalidades y determinación de los beneficiarios) por el Derecho Internacional, no puede ser modificada o incumplida por el Estado obligado invocando disposiciones de su derecho interno. 171. Las reparaciones consisten en las medidas que tienden a hacer desaparecer los efectos de las violaciones cometidas. Su naturaleza y su monto dependen del daño ocasionado en los planos material e inmaterial. Las reparaciones no pueden implicar ni enriquecimiento ni empobrecimiento para la víctima o sus sucesores.

La Corte determinó una compensación individualizada,³⁴² la existencia de daños materiales e inmateriales traducidos en cantidad indemnizatoria concretada en el fallo. Junto a ello, estableció ciertas medidas de satisfacción y garantías de no repetición con disculpa pública, reconocimiento de la responsabilidad internacional y la erección de un monumento.

Las posteriores sentencias siguen la misma secuencia, por lo que traerlas a colación nos parece reiterativo. Lo que sí es cuando menos reseñable es que la Corte comenzó mencionando jurisprudencia internacional, *ad ex.*, en el asunto *Awas*, que no vuelve a citar después. Tampoco hay referencia a los *ARSIWA*. Pero la Corte IDH parte de que el artículo 63º refleja la costumbre internacional y, realmente, sus dictados no se apartan de las reglas que se encuentran en los artículos mencionados o en la jurisprudencia internacional.

3.2.9. Consideraciones intermedias sobre la Corte IDH

Como acertadamente señala Paredes, la Corte IDH ha mostrado una alta sensibilidad para con las reivindicaciones de los pueblos indígenas y triba-

³⁴² Cf. parágrafo 180 de la sentencia *Moiwana*.

les.³⁴³ La Convención americana ofreció base para la protección de aquellos, pero es merced a la interpretación que da la Corte a sus disposiciones el cómo han encontrado aplicación, entendiendo que los derechos de estos pueblos se hallan protegidos, no sólo por los instrumentos regionales, sino por los internacionales como los *Pactos* de 1966 u otras Convenciones internacionales, por este *corpus iuris* de los Derechos Humanos. Todo ello teniendo en cuenta la realidad específica de estos pueblos en un camino jurisprudencial no exento de una suerte de altibajos, de importantes pronunciamientos objeto de votos disidentes y separados, como los habidos respecto al derecho a la vida en el asunto Yakye Axa reparado en el Sawhoyamaya o las pruebas requeridas respecto al derecho a la propiedad de las tierras ancestrales a lo que hemos hecho referencia antes al referirnos al pensamiento del juez Cançado Trindade en el asunto Yakye Axa. Entendemos que la afectación negativa de este derecho provoca la vulneración de otros y junto a aquél, la discriminación histórica que han padecido y padecen se pone en evidencia, la falta de reconocimiento de su cultura, de su identidad, de la que derivan cuestiones como las relacionadas con el reconocimiento de la personalidad jurídica y el difícil acceso a la justicia y la tutela judicial efectiva.

La Corte ha interpretado los artículos de la Convención de acuerdo con las costumbres de los pueblos y comunidades indígenas. Tomando conjuntamente los textos europeo y americano y efectuando una suerte de comparativa, no encontraríamos gran diferencia en los derechos contenidos en ambos. Sin embargo, hemos comprobado cómo conducen a distinto resultado en cuanto al goce de derechos de estos pueblos.

4. Los pueblos y comunidades indígenas africanos en instancias africanas

4.1. Intentos en sede judicial doméstica

4.1.1. El asunto The Ol Ole Njogo and Others vs. The Attorney General

Existen algunos casos planteados ante instancias nacionales por algunas comunidades ya a comienzos del siglo XX y, por tanto, aún bajo dominación

³⁴³ Paredes Paredes, F.I: (2021). «Pueblos indígenas y tribales y derechos humanos en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: una mirada crítica». *Anuario mexicano de derecho internacional*, 21, 167-196.

colonial, es decir, antes de crearse las organizaciones internacionales o regionales de protección de Derechos Humanos. En este apartado, previo al del estudio de los asuntos habidos ante la Comisión o ante la Corte africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, veremos algún asunto en sede nacional que, en buena medida, pone de manifiesto no sólo la penosa situación en que se encontraban, sino las consecuencias de las firmas de los tratados firmados con la Corona británica.

En el asunto *The Ol Ole Njogo and Others vs. The Attorney General*,³⁴⁴ la *High Court of Kenya* entró a estudiar la cuestión de la naturaleza jurídica de los acuerdos firmados por los masái y la Corona británica y afirmó que, tanto el texto de 1904³⁴⁵, como el de 1911, eran tratados entre la Corona y los representantes signatarios de los masái y no contratos. En consecuencia, respecto a la validez del segundo afirmó que no era competencia del tribunal ante el que se presentaba tal asunto, ya que eran actos de Estado respecto de los cuales no podía conocer. Hay que recordar que el primer tratado fue desplazado por el segundo. El juez Hamilton, evocando lo dicho por Lord Kingstown en el caso *Secretary of State for India vs. K. B. Sahaba* (XIII Moore 22) con fecha 26 mayo 1918, concluyó reproduciendo:

Puede haber sido justo o injusto, político o impolítico, beneficioso o perjudicial, en su conjunto, para aquellos cuyos intereses se ven afectados. Estas son consideraciones en las que este tribunal no puede entrar. Basta decir que incluso si se ha hecho un mal, es un mal para el que ningún tribunal municipal de justicia puede permitirse un remedio.

³⁴⁴ Civil Case n.º 91 of 1912 (E.A.P. 1914), 5 E.A.L.R. 70.

³⁴⁵ El Tratado de 1904 fue firmado por Lybons and Chiefs en representación de los clanes (como parte de las tribus de los Massai) y, de otra parte, por Sir Donald Stewart representando a la Corona británica, con fecha 9 de agosto. Ciertamente podemos leer las expresiones «por propia voluntad» y «por el bien de la raza de los Massai», pero surgen de inmediato cuestiones jurídicas relativas a la representación de los firmantes en nombre de estos. El Segundo de los Tratados se produjo siete años más tarde ante la llegada de nuevos colonos y la necesidad imperiosa de estos de hallar buen acomodo. Como se señala en el Seminario celebrado en Ginebra en 2003 el traslado fue por la fuerza. El representante británico Sir R. Sadler aun dijo: «No European in the country imagined for a moment that the Maasai on Laikipia wished to leave it. The area, though small, is fine piece of a country as there is in Kenya, with rich soil and perennial streams, vastly superior in every way to the country south of Rift Valley». El resultado fue de enfermedades, muertes por soldados o por hambre. («Expert seminar on treaties, agreements and other constructive arrangements between States and Indigenous peoples», organized by the Office of the United Nations High Commissioner for Human Rights «The Anglo-Maasai-Agreements/Treaties: a case of Historical Injustice and the Dispossession of the Maasai Natural Resources (Land), and the Legal Perspectives». HR/GENEVA/TSIP/SEM/2003/BP.7, 2003).

Ole Simel hace una fuerte crítica al decir que las potencias coloniales perseguían a las tribus a firmar tratado» o acuerdos,³⁴⁶ según les convenía. El «el acuerdo significaba que la colonia estaba ejecutando el tratado, no con una tribu nativa, sino con un Estado»,³⁴⁷ por lo que un incumplimiento de este solo podría ser determinado por la jurisdicción internacional. Apunta Ruto que la decisión del tribunal no zanjaba la cuestión de si se podía celebrar un tratado con una tribu, porque si a los masái les quedaba algún vestigio de soberanía, después de que la Corona tomara el control de su país, entonces sí que se podía celebrar un tratado con ellos: «What the court emphasized was that the Masai was a sovereign State capable of entering into a treaty with another sovereign power».³⁴⁸

El acuerdo de 1911 había sido firmado por quien dudosamente podría representar a todos los masái. Puede acordarse el que representase a unos cuantos, pero no a todos, ya que la división efectuada en el acuerdo anterior había dejado divididos a los masái en dos grupos. Desde luego, esta era una de las cuestiones más relevantes ya que nunca le confirieron poder al efecto. Otro de los argumentos que se alegaba era el de que la colonia difícilmente podría concertar un tratado con sus propios sujetos. Tampoco estaban en condiciones de igualdad ni entendían el alcance de lo firmado. Pero la Corte se basó en casos y precedentes de la India y, así, en el *Privy Council case of the Secretary of State for India vs. Kamachee Boye Sahaba*, en el que el tribunal estatuyó que:

³⁴⁶ Aún no mencionado el asunto, recuerda a la opinión consultiva sobre el Sahara Occidental del Tribunal Internacional de Justicia, de 16 de octubre de 1975.

³⁴⁷ Frase que recuerda lo dicho por Vattel: «But the makers of treaties often designedly Leave in them some obscurity, some uncertainty, in order to reserve for their nation a pretext for a rupture» p. 168 o «The savages of North America had no right to appropriate all that vast continent to themselves; and, since they were unable to inhabit the whole of those regions, other nations might, without injustice, settle in some: parts of them, provided they left the natives a sufficiency of land» p.170. Vattel, Monsieur de. *The Law of Nations or Principles of the Law of the Nature. Book II. Of a Nation considered in its relation to others. Chap. I. Of the common duties of a nation toward others; or, of the Offices of Humanity between Nations.* . Sobre la recepción de Vattel en las colonias de América, véase, Ossipov, W., Dominik, G. (2017). «The reception of Vattel's Law of Nations in the American Colonies: from James Otis and John Adams to the Declaration of Independence», en *American Journal of Legal History*, 57, pp. 521-555; o Torrecuadrada García Lozano, S. (2001). «Los tratados internacionales y Pueblos Indígenas» en *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*.

³⁴⁸ Ruto Rose, T. (2005). *The Treaties that rendered the Maasai Landless*. University of Nairobi Press, p. 29.

The general principle of law was not, as indeed it could not, with any color of reason be disputed. The transactions of independent States between each other are governed by other laws than those which Municipal Courts administer: such Courts have neither the means of deciding what right is, nor the power of enforcing any decision which they may make.³⁴⁹

La cuestión relativa a la consideración como tratados de estos acuerdos, obliga a indagar brevemente la consideración de actos de Estado» en la época. Tal y como sugiere Torrecuadrada,³⁵⁰ «cuando hablamos de tratados realizados entre los pueblos indígenas y los Estados Europeos o sus sucesores, nos estamos refiriendo a una práctica desarrollada principalmente (pero no en exclusiva) en el proceso colonizador británico» y recuerda a Vattel³⁵¹ y su obra *Principles of the Law of Nature*, quien ya consideraba los acuerdos concluidos con pueblos indígenas como instrumentos de Estado, basándose en que contaban con los elementos propios requeridos en la actualidad. La práctica anterior habida en América pone de manifiesto la enorme cantidad de tratados celebrados por Estados Unidos o Canadá con determinadas tribus. Así, la autora también trae a colación jurisprudencia norteamericana que falla en los mismos términos que el caso presente, como el asunto *Cherokee Nation vs. Georgia*, en el que «el Juez Marshall estableció que los cherokee eran una nación dependiente y tutelada, motivo por el cual el Tribunal Supremo debía declararse incompetente para conocer del fondo del asunto».³⁵² Esta posición favorable después se verá alterada con Westlake y Oppenheim, basándose en el carácter no civilizado de tales grupos, tal y como recuerda Torrecuadrada.³⁵³ Aun considerándolos como acuerdos-contratos, el propósito podría calificarse de fraudulento como sostiene Ruto:³⁵⁴ ¿dónde está el mayor bienestar para los masái? ¿Cuál fue el resultado del acaparamiento de tales tierras? ¿Fueron debidamente compensados?³⁵⁵ El

³⁴⁹ *Secretary of State in Council of India vs. Kamachee Boye Sahaba*. Judgment of 9 July 1859.

³⁵⁰ Torrecuadrada, 2001, p. 3.

³⁵¹ *Id.*, p. 5.

³⁵² *Id.*, p. 7.

³⁵³ *Id.*, p. 8.

³⁵⁴ *Id.*, p. 35.

³⁵⁵ Dice Ole que «en las duras reservas, miles de cabezas de Ganado murieron, y cientos de jóvenes por gripes, malaria o neumonía... Los masái ancianos aún recuerdan que «los soldados que los escoltaron decían: id y morid de ECF y hambre. Fueron amenazados con armas y muchos fallecieron durante el desplazamiento», Expert Seminar, 2003, cit. en p. 4, HR/GENEVA/TSIP/SEM/2003/BP.7.

autor apunta a que era muy frecuente la coerción ejercida para la obtención de la firma.³⁵⁶

Comparativamente hablando, Rute apunta a lo ocurrido en Estados Unidos cuando en 1868, los sioux firmaron el Tratado de Fort Laramie con el Gobierno Americano que significó entregarles sus tierras y, al igual que los Massai, que lograron retener el lugar sagrado de ciertas ceremonias (circuncisiones) en Laikioia, los sioux lo hicieron, reteniendo las Black Hills. Cada tribu de la nación sioux firmó separadamente un acuerdo.

Wahsburn dice: «en la América británica, por otra parte, los colonizadores trataron a muchos indios como naciones independientes con las que firmaron tratados formales o acuerdos».³⁵⁷ Y añade «la forma de negociar las diferencias habidas a través de tratados ha sido frecuentemente objeto de ridículo y vergüenza. Muy a menudo, legos e historiadores han considerado que semejantes negociaciones se llevaban a cabo por fuerza o mediante engaño, imponiendo (los blancos) sus pretensiones sobre la ingenuidad de los indios» que, desconocedores del alcance de lo que firmaban, parecerían, en un principio al menos, contentarse con el intercambio de las tierras por armas o alcohol.³⁵⁸ La idea de que los tratados constituían engaño es afirmada por otros autores, aunque en este caso Washburn señala que los indios valoran más los artículos de comercio, como las armas y las cuentas, que las tierras marginalmente utilizadas.

Martínez recuerda también que «various methods were utilized to achieve dispossession of the land. They, unquestionably, included treaties and agreements, at least if we accept the non-indigenous interpretation of these documents (and in general, that version is the only one available in written form) ».³⁵⁹ Veamos, ahora, otro de los tempranos asuntos en que la cuestión del intento de recuperar las tierras fue desestimada.

³⁵⁶ Martínez, M.A. (1997). «Study on Treaties, Agreements and Other Constructive Arrangements Between States and Indigenous Populations» reported to the UN for the *Working Group on Indigenous Peoples. Final report*, p. 224.

³⁵⁷ Washburn, W.B. (1976). «The historical context of the America Indian legal problems», en Rosen, L. (1976). *American Indians and the Law*, Duke University vol. 40, 1, p. 12.

³⁵⁸ Washburn, 1976, pp. 15-16.

³⁵⁹ Martínez, 1997, p. 223.

4.1.2. *El asunto Moses Lesiamon Ole Mpoe & another vs. Commissioner of Lands & 4 Others. HC Nakuru*

El asunto Moses trató cuestiones de fondo y procesales de enorme interés y que fueron determinantes para darle respuesta. Se planteaba la legitimación activa de los demandantes masái, la prescripción de la petición en virtud de los *Limitation of Action Acts*, ya que se refiere a cuestiones ocurridas en la época colonial hace más de 50 años y la de que si la demanda presentada por los demandados era una demanda representativa, pues se debería haber solicitado este extremo al tribunal antes de su presentación. Debían, en su escrito haber invocado el artículo 84º de su *Constitución* si consideraban que los hechos alegados en este caso planteaban una cuestión constitucional. Según el parecer de los demandados, el escrito era «vago, evasivo y ambiguo, no daba fechas, ni nombres o número de personas supuestamente interesadas en las tierras de los demandados». Se hacía referencia a que se trataba de habitantes masái de Kenia, residentes indígenas o descendientes, familias y parientes de estos, términos poco específicos. Se sostenía que Moses no tenía legitimación suficiente para presentar la demanda en nombre de los indígenas del área del Mau Narok.

La titularidad que los masái invocaban sobre sus tierras «se basaba en la supuesta titularidad consuetudinaria o autóctona de tierras que no existían en la ley y que, si alguna vez existieron, las mismas, se extinguieron por actos posteriores del Gobierno de Kenya». Respecto al derecho a presentar la demanda, los demandantes se basaban en que eran *trustees* del Olmaroroi Trust, que había sido establecido para proteger los derechos de los masái de Kenia, que habían presentado la reclamación en su nombre y en el de los indígenas residentes en el Distrito Mau-Narok Nakuru y que bajo el derecho consuetudinario y/o nativo, eran los legítimos propietarios de las tierras.

El tribunal, basándose en el precedente *Wanjiru vs. Standard Chartered Bank of Kenya Ltd & Anor* 2 E.A. 701 (2003), estatuyó que no se había solicitado debidamente el amparo antes de presentar la demanda, por lo que esta no podía prosperar. Pero, además y respecto a la prescripción de la acción, dado que parte de la tierra pertenecía a un fallecido hacía más de veinticinco años (Mbiyu Koinange) sin que se hubiera reclamado, le era de aplicación el artículo 7º de la *Limitation of Action Act*, que exige que cualquier demanda presentada para recuperar la tierra se presente dentro de los doce años a partir de la fecha en que dicho derecho se devengó. Los

demandados afirmaban que la sección 26^a de la ley mencionada cubría su demanda, pero el Tribunal, interpretando la disposición de referencia, sostuvo que la misma dispone que, en una reclamación basada en fraude, el plazo de prescripción sólo se extenderá tras el descubrimiento de este y la demanda no planteaba ninguna cuestión relacionada con un supuesto engaño cometido por el difunto Mbiyu Koinange. Por lo tanto, también decaía la demanda en este extremo.

No existen muchas más acciones que reseñar a nivel doméstico, ni tampoco es nuestra intención examinar este, sino el regional, donde encontramos que los Ogoni, los Endorois, los Nubian o los Ogiek han sido actores directos o indirectos en las instituciones que conforman el sistema africano, bien ante la Comisión o ante la Corte. de Derechos Humanos y de los Pueblos (CADHP).

4.2. La Comisión africana de Derechos Humanos y de los Pueblos

4.2.1. *El caso de los Ogoni ante la Comisión africana de los Derechos Humanos y de los Pueblos*

Los Ogoni habitan en el delta del río Níger, un área de gran biodiversidad, muy rica en recursos naturales (reservas de petróleo), la Ogoniland. Se dedican, principalmente, a la agricultura y pesca. El hecho de haberse implantado multinacionales en sus territorios, especialmente la Royal Dutch Shell, llevando a cabo extracciones contaminantes con connivencia del Gobierno nigeriano³⁶⁰ los llevó a organizarse para defender sus derechos, iniciar protestas y presentar reclamaciones ante los tribunales, dada la afectación de su cultura y de sus vidas. En 1990 este pueblo había conseguido cierto reconocimiento con la promulgación de la *Ogoni Bill of Rights*. Mediante esta carta de derechos se recogían sus reivindicaciones de autonomía, de protección de su medio ambiente y un reparto equitativo de los ingresos del petróleo extraído de su territorio.

Respecto de las protestas, resaltamos las conducidas por el líder del Movement for the Survival of the Ogoni People (MOSOP) Kenule «Ken» Beeson Saro Wiwa, que fue detenido y condenado a muerte junto a Barinem

³⁶⁰ La Nigerian National Petroleum Company fue accionista mayoritario del consorcio integrado con Shell Petroleum Development Corporation.

Kiobel y otros, los llamados «ogoninine». Fue la esposa de este último, Esther Kiobel, quien protagonizó los intentos por encontrar justicia ante Naciones Unidas y en diversos Estados, no sólo Nigeria, sino en Estados Unidos (asunto Kiobel I³⁶¹ y II³⁶²), el Reino Unido o en los Países Bajos (Kiobel III³⁶³). Además, intentó encontrar el apoyo en la Unión Europea. Poco resultado positivo ha obtenido.³⁶⁴

4.2.2. *La Decisión de la Comisión africana de 27 de mayo de 2002. Ogoni vs. Nigeria*

Con fecha 27 de mayo de 2002, la Comisión africana de Derechos Humanos y de los Pueblos emitió Decisión en la Comunicación 155/96, *Ogoni vs. Nigeria*.³⁶⁵ En el escrito presentado por *The Social and Economic Rights Action Center and the Center for Economic and Social Rights* ante la Comisión se hace referencia a las graves consecuencias de las actividades de la petrolera Shell que no sólo estaba extrayendo petróleo, sino que lo estaba haciendo de forma contraria a las normas medioambientales, causando un grave perjuicio a este pueblo.

En el resumen de los hechos se hace alusión a que el Gobierno militar de Nigeria estuvo involucrado directamente en la producción de petróleo a través de la compañía petrolera estatal, la Nigerian National Petroleum

³⁶¹ *Kiobel vs. Royal Dutch Petroleum*, Appeal judgment, 06-4800-cv, 06-4876-cv. (2010). La sentencia se recusó en 2006, véase *Kiobel et al. vs. Royal Dutch Petroleum Company Plaintiffs et al.* (n.º 02CIV7618KMWHBP). United States District Court, New York. September 29, 2006.

³⁶² *Kiobel vs. Royal Dutch Petroleum. Supreme Court of the United States*. 569 U.S. n.º 10-1491 (2013). En este asunto, el tribunal consideró la inaplicación, por extraterritorialidad, de la Alien Tort Claims Act».

³⁶³ Según informaba un rotativo holandés «El pasado 1 de mayo (2022) un juzgado de distrito de La Haya ha hecho ver una luz a Kiobel al haberse dictado sentencia provisional admitiendo su competencia (en base al Reglamento UE 1215/2012), la no prescripción del asunto y la entrega de importante documentación que sus abogados venían requiriendo, entre otros. Finalmente, no se atendió a la petición de Kiobel.

³⁶⁴ Con respecto al asunto en los Países Bajos, véase Zamora Cabot, F.J. (2016) «Kiobel vs. Royal Dutch Corp. y los litigios transnacionales sobre derechos humanos», en Innerarity, D., Aymerich Ojea, I. (2016). *Derechos humanos y políticas públicas europeas*. Paidós, pp. 149-166. Aunque el tribunal se consideró competente, finalmente, consideró que no existían suficientes pruebas al haber habido soborno de testigos.

³⁶⁵ African Commission on human and Peoples Rights. Communication 155/96. Ref. ACHPR/COMM/A044/1. *The Social and Economic Rights Action Center and the Center for Economic and Social Rights / Nigeria*. Decisión de 27th May 2002. Recientes desarrollos en los litigios transnacionales empresas y Derechos Humanos: el caso Kiobel III. Cuadernos Europeos de Deusto, 2020, pp. 57-80.

Company (NNPC), accionista mayoritaria del consorcio formado con Shell Petroleum Development Corporation (SPDC. En el párrafo 2 se dice literalmente: «La contaminación resultante del agua, suelo y aire, ha producido graves impactos (de corto y largo plazo) en la salud: infecciones cutáneas, enfermedades gastrointestinales y respiratorias, incremento en el riesgo de padecer cáncer y problemas neurológicos y reproductivos». El consentimiento y la facilidad dada por el Gobierno para la extracción de petróleo, pasaba porque aquel no procedió a exigir a las petroleras las oportunas medidas de seguridad, ni la evaluación de impacto necesaria sobre el medio, ni se consultó a los Ogoni sobre la explotación de las riquezas de sus tierras. De hecho, no se permitió el acceso a expertos y organizaciones medioambientales y se hostigó gravemente a esta comunidad.

En el escrito de la Comisión africana, se pone de manifiesto cómo las fuerzas de seguridad de Nigeria habían «atacado, quemado y destruido muchos pueblos y viviendas de Ogoni con el pretexto de desalojar a funcionarios y defensores del Movimiento para la Supervivencia del Pueblo Ogoni». El ejército de Nigeria ha reconocido su papel en las crueles operaciones que dejaron a miles de vecinos del pueblo de Ogoni sin vivienda».³⁶⁶

En la Comunicación se alegan violaciones a los artículos 2º, 4º, 14º, 16º, 18º, 21º y 24º de la *Carta africana*. Tras unas consideraciones generales sobre las obligaciones que generan los derechos humanos a los Estados, la Comisión afirma que todos los derechos, tanto civiles y políticos, como sociales y económicos, generan por lo menos cuatro niveles de deberes para el Estado que se compromete a adherir a un régimen de derechos: el deber de respetar, proteger, promover y garantizar estos derechos. Dichas obligaciones se aplican universalmente a todos los derechos e implican una combinación de deberes negativos y positivos.³⁶⁷ Esto, desde luego, alcanzaba a Nigeria, que es parte del *Pacto de Derechos Civiles y Políticos* y del de *Derechos Económicos Sociales y Culturales*.

El artículo 12º del segundo *Pacto* mencionado exige a los Gobiernos que adopten las medidas necesarias para el mejoramiento de la higiene del trabajo y del medio ambiente en todos sus aspectos y se conecta con los artículos

³⁶⁶ Caso 276/03 *Centre for Minority Rights Development (Kenya) and Minority Rights Group (on behalf of Endorois Welfare Council)*, Decisión de 25 de noviembre de 2009, parágrafo 7 y 8.

³⁶⁷ *Id.*, párrafo 44.

16° (derecho a disfrutar del mejor estado físico y mental posible),³⁶⁸ con el artículo 21° (derecho de los pueblos a disponer de sus recursos naturales) o el 24° (derecho a un entorno general satisfactorio favorable a su desarrollo) de la *Carta africana*.

Estos preceptos conducen a la obligación de la protección del medio y de las personas afectadas por su degradación, sin negar el hecho de que el Estado tenga derecho a producir petróleo cuyas ganancias garantizan los derechos económicos y sociales del pueblo de Nigeria. Los desalojos forzados, la destrucción de las aldeas y viviendas de los Ogoni supuso la vulneración, además, de los artículos 14° (derecho a la propiedad) y 18° (protección de la familia). Los actos de los agentes militares estatales conllevaron la muerte, por disparos, de muchos civiles que intentaban recuperar sus casas. El derecho a la alimentación es también objeto de invocación con su estrecha conexión con la dignidad de la persona.³⁶⁹ Antes de proceder a su pronunciamiento, en el que estatuye la vulneración de los artículos 2°, 4°, 14°, 16°, 18°, 21° y 24° de la *Carta*, dice la Comisión:

Es evidente que los derechos colectivos, medioambientales, económicos y sociales son elementos esenciales de los derechos humanos en África. La Comisión africana aplicará cualquiera de los diversos derechos contenidos en la *Carta africana*. Le da la bienvenida a esta oportunidad para aclarar que no existe ningún derecho en la *Carta africana* que no pueda ejercerse.³⁷⁰

Merece la pena destacar que la Comisión hace referencia a asuntos de las dos Cortes regionales, de la Interamericana, con el *asunto Velásquez Rodríguez* y de la europea, con el *asunto X e Y vs. Netherlands*.

4.2.3. *El asunto de los Endorois*

El Caso 276/03 *Centre for Minority Rights Development (Kenya) and Minority Rights Group (on behalf of Endorois Welfare Council)*, Decisión de 25 de no-

³⁶⁸ Al respecto, dice el párrafo 60 que «Aunque el derecho a una vivienda no está estipulado explícitamente en la Carta africana, [...] la protección dada a la familia prohíbe la destrucción injustificada del hogar porque la propiedad, la salud y la familia se ven perjudicadas cuando se destruye la vivienda». *Id.*, 60.

³⁶⁹ *Id.*, 65.

³⁷⁰ *Id.*, 68.

viembre de 2009, en adelante asunto Endorois³⁷¹ es un caso muy intenso y completo en cuanto a lo que a manifestación del hecho religioso se refiere. Los Endorois son un pueblo que tiene sus tierras ancestrales en la zona del Lago Bogoria, en el Rift Valley, de gran atractivo turístico.³⁷² La riqueza de su fauna de aves en especial, unida a los géiseres y aguas termales llevaron a que el Gobierno de Kenia lo declarase Reserva Nacional a comienzos de 1970, causa por la que fueran forzados a dejar sus tierras. La Convención Relativa a los Humedales de Importancia Internacional especialmente como Hábitat de Aves Acuáticas, o convenio de Ramsar, incluyó esta área, en su lista Ramsar de humedales de importancia internacional, en 2001.

En el caso Endorois, los demandantes plantearon reclamación de las tierras de las que fueron desalojados, de sus tierras ancestrales, invocando junto a esta, la vulneración del derecho a la libertad religiosa, previsto en el artículo 8º de la Convención africana. Junto a estos dos preceptos (artículos 8º y 14º), se consideraron violados igualmente, el derecho a la educación del artículo 17º, el derecho a la riqueza y sus recursos naturales, del artículo 20º y, finalmente, el derecho a desarrollo económico, social y cultural, del artículo 22º de la *Carta africana de Derechos Humanos y de los Pueblos*. Todo ello, en su consideración de indígenas que, como tales, eran beneficiarios de los derechos de estos pueblos.

Esta consideración proviene, en primer lugar, de la propia apreciación que realizaron los demandantes, de su autoconcepción como tal. Así, en el párrafo 79 se recoge que «los demandantes argumentan que los Endorois, son un grupo indígena [...]»³⁷³ e invocan como cuerpos normativos específicos aplicables a sus pretensiones.³⁷⁴

³⁷¹ Caso 276/03 Centre for Minority Rights Development (Kenya) and Minority Rights Group (on behalf of Endorois Welfare Council), Decisión del 25 de noviembre de 2009. Este epígrafe se basa parcialmente en mi artículo “El hecho religioso en las comunidades indígenas y la jurisprudencia de los tribunales regionales de protección de los derechos humanos. Especial referencia a Europa”, en *Anuario de derecho eclesiástico del Estado* nº 33, 2017.

³⁷² Esta zona sirvió de escenario para el rodaje de la película «Memorias de África».

³⁷³ Traducción propia del párrafo 79: «The Complainants argue that the Endorois, as an indigenous group...».

³⁷⁴ El párrafo 83 de la *Declaración de los Derechos de los indígenas* o el párrafo 154 de la «Convención 169» de la OIT.

La Comisión estudió la consideración de los Endorois como tal comunidad indígena³⁷⁵ y el concepto de pueblo cuando entró a valorar estas apreciaciones, al efecto de entender aplicables las disposiciones relativas a la protección de los pueblos y comunidades indígenas, (el «Convenio 169» de la OIT). Basándose en el trabajo del Working Group of Experts on Indigenous Populations/Communities, la Comisión realizó esa especial relación tierra-comunidad indígena que venimos apuntando y sin la cual, no puede llegar a comprenderse, en plenitud, los fallos de las Cortes americana y africana respecto de la tierra y el hecho religioso. Recordemos que una característica clave de la mayoría de ellos es que la supervivencia de su particular modo de vida depende del acceso y los derechos a sus tierras tradicionales y recursos naturales.³⁷⁶

Por lo que se refiere a la violación del artículo 8° de la *Carta* y al efecto de determinar que las creencias de los Endorois afectadas por la de la propiedad de sus tierras constituyen una religión, concluyó afirmativamente la cuestión³⁷⁷ basándose, además, en que la Comisión ya había establecido la interpretación dada, respecto al ámbito de aplicación del *Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos* en su observación en el asunto *Free Legal Assistance Group vs. Zaire* y, en concreto, respecto a que la libertad de conciencia alcanza el derecho, individual o colectivo, a practicar un determinado culto, religión o creencia y a establecer o mantener lugares para tales fines.³⁷⁸

Llama la atención la justificación que realizaron respecto de sus creencias, al efecto de entenderlas incluidas en el ámbito del artículo 8° de la *Carta* y de la consideración de lo que sea la religión bajo el derecho internacional. Aunque no muy argumentado, parece que basta la referencia a la doctrina anterior de la Corte africana, al asunto antes mencionado, por el que se reconoce a los Testigos de Jehová que sus creencias constituyen religión en el sentido pretendido. No es mencionado, pero también recuerda al «largo

³⁷⁵ Véase el párrafo 146: «Are the Endorois a distinct community? Are they indigenous peoples and thereby needing special protection? ».

³⁷⁶ Originalmente, dice: «A key characteristic for most of them is that the survival of their particular way of life depends on access and rights to their traditional land and the natural resources thereon». Traducción propia.

³⁷⁷ Véase el párrafo 168: «From the above analysis, the African Commission is of the view that the Endorois spiritual beliefs and ceremonial practices constitute a religion under the African Charter».

³⁷⁸ Literalmente, dice: «mean the right to worship or assemble in connection with a religion or belief, and to establish and maintain places for these purposes, as well as to celebrate ceremonies in accordance with the precepts of one's religion or belief». Véase párrafo 165 de la sentencia.

camino» que los testigos recorrieron en el TEDH hasta ver reconocidas aquellas como religión. Señalaron que el término «religión» en los instrumentos internacionales de derechos humanos abarca diversas creencias religiosas y espirituales, que debe ser interpretado en sentido amplio. Argumentaron que el Comité de Derechos Humanos estableció que el derecho a la libertad religiosa en el *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos* protege, tanto las creencias teístas como no teístas y ateas y el derecho a no profesar ninguna religión o creencia. Los términos «creencias» y «religión» deben ser interpretados en sentido amplio, por lo que el artículo 8º no se limita, en su aplicación, a las religiones tradicionales o a las religiones y creencias con características o prácticas institucionales análogas a las de las religiones tradicionales.

Para los Endorois, la tierra es sagrada³⁷⁹ porque en ella tienen lugar ritos y ceremonias, y el modo de alegarlo fue muy profundo y contundente. La tierra de la que habían sido desplazados es el Lago Bogoria (que consideran sagrado)³⁸⁰ es la casa espiritual de todos los Endorois, vivos o muertos, siendo esencial para sus prácticas religiosas. Alrededor del mismo se hallan enterrados sus antepasados.³⁸¹

Volviendo a la cuestión del lazo tierra-religión y a la imposibilidad de ejercitar su derecho a la libertad, evocaron al asunto *Amnesty International and Others vs. Sudan*, relacionado con la religión musulmana, al efecto de recordar que, ya anteriormente, la Comisión estatuyó que la imposibilidad de practicar la religión constituye una violación del derecho contenido en el artículo 8º de la *Carta africana*. Con respecto a la expulsión de las tierras ancestrales, invocaron la jurisprudencia de la Corte Interamericana, mencionando el asunto *Loren Laroye Riebe Star* o el caso *Dianna Ortiz contra Guatemala*, ambos relacionados, desde luego, con la imposibilidad de prac-

³⁷⁹ *Id.*, 73.

³⁸⁰ Los párrafos 77 a 79 son al efecto muy ilustrativos. En traducción propia y extrayendo parte de estos, la sentencia dice: «Según su creencia, el gran antepasado Dorios, vino de los Cielos y se asentó en el Bosque Mochongoi. Debido a un exceso de lujuria, Dios se enfadó y como castigo inundó el lugar una noche formando el Lago Bogoria. Ellos son descendientes de los supervivientes. Cada estación, el lago se torna de color rojo y emite un fuerte olor, entonces, la comunidad ensaya sus ceremonias tradicionales para calmar a los antepasados que se ahogaron cuando el lago se formó».

³⁸¹ El párrafo 16 de la sentencia reza: «The Complainants claim that the Endorois health, livelihood, religion and culture are all intimately connected with their traditional land, as grazing lands, sacred religious sites and plants used for traditional medicine are all situated around the shores of Lake Bogoria».

ticar la religión y consiguiente vulneración de la libertad religiosa. El caso Endorois constituye, en nuestra opinión, el asunto en que ese elemento espiritual aparece con más intensidad, como necesario para la vida de los pueblos y comunidades indígenas y desde luego, por lo que respecta a la Comisión africana, pone de manifiesto su perfecto alineamiento con la Corte Interamericana.

La Comisión, con fecha 25 de noviembre de 2009, dictó su decisión entendiendo que el Estado demandado incurrió en violación de los artículos 8 y 17 de la CAfDHP y de otros preceptos, como los artículos 1, 14, 21 and 22 de la CAfDHP. En consecuencia, el Estado debía reparar el ilícito internacional y, realmente, siguiendo los modos que el derecho internacional conoce, procedía una *restitutio in integrum* en lo posible, unido a otros modos complementarios como la indemnización y el pago por lucro cesante. Se debía proceder a: a) reconocer los oportunos derechos de propiedad de los Endorois restituyéndoles sus tierras ancestrales; b) asegurar el pleno acceso sin restricciones a Lago Bogoria y alrededores a fin de que pudieran practicar sus ritos religiosos, culturales y demás necesarios para el alimento propio y de sus ganados; c) pagar una compensación adecuada por la pérdida sufrida por la evicción padecida; d) pagar royalties por los beneficios del Estado, e) proceder al registro del *Endorois Welfare Community* y estableciendo f) el diálogo oportuno para la implementación de lo anterior. De las medidas anteriores, según el informe «The Impact of Non-implementation of the African Commission Endorois Decision», del 16 de mayo de 2022³⁸², sí se cumplió con la medida relativa al registro de la EWC. Sin embargo, siguen existiendo problemas relativos a la implementación de otras, como el pago de *royalties* que parece no ser el acordado de 25% sino del 10%.³⁸³ En general, lo que el informe pone de manifiesto es la no implementación de las recomendaciones de la Comisión, lo cual conlleva un impacto negativo en sus vidas, condenando a muchos de sus miembros a la pobreza, al analfabetismo, a un no acceso a la salud y a la indigencia.

De una forma más positiva, desde la promulgación de la actual *Constitución* de 2010, Kenia ha procedido al reconocimiento de la existencia de

³⁸² Implement Endorois Decision 276/03: Report on the impact of non-implementation of the African Commission's Endorois decision. Centre for Minority Rights Development (CEMIRIDE), Endorois Welfare Council (EWC), MRG and WITNES. Marzo 2022.

³⁸³ *Id.*, 10.

sus pueblos y comunidades indígena, tomando igualmente alguna (aún no completa) medida sobre la ordenación de las tierras.

4.2.4. *Los Nubian*

Una de las más penosas consecuencias de la colonización en África fue la sufrida por los Nubian. Se trata de un antiquísimo pueblo que habitaba en el Valle del Nilo. Algunos quedaron en territorio egipcio y otros en Sudán. Aunque no eran originarios de Kenia, fueron llevados allí por los británicos a principios del siglo XX desde Sudán, y los asentaron en el Kibera sin que se les otorgara nacionalidad alguna (los traídos desde la India para la construcción del ferrocarril, sí obtuvieron tal nacionalidad).³⁸⁴ Dos documentos son relevantes al respecto: de un lado la Comunicación 317/2006 (*The Nubian Community in Kenya vs The Republic of Kenya* de enero de 2015 de la Comisión africana) y, de otro, la *Decisión del Comité africano de expertos en los derechos y bienestar de los niños* (ACERWC) de 22 de marzo de 2011.

Ambas tienen como actores a este pueblo. Llama la atención el hecho de que la primera petición sea presentada en 2006 y decidida en 2015, en tanto que la segunda lo fue en 2009 y decidida en 2011. Es decir, que la primera (ante la Comisión africana de Derechos Humanos) tardó nueve años en decidirse mientras que la segunda solo dos (ante el Comité africano de los derechos del Niño). Vamos a tratar ambas.

Los hechos que dan lugar a la Decisión del Comité Africano de Expertos sobre los Derechos del Niño constan bien descritos en la Comunicación de este órgano de 22 de marzo de 2011.³⁸⁵ Incluso después de que Kenia alcanzara la independencia, el Estado trató a los Nubian como extranjeros ya que no tenían «casa ancestral» en el país y, por tanto, no se les otorgó nacionalidad keniana. Los británicos les consideraron sudaneses. Los Nubian alegaban tener un derecho a aquélla dado el lazo que les unía con la tierra: ni la tierra ni la nacionalidad les eran reconocidas. Esto traía como

³⁸⁴ Este epígrafe se basa en la publicación de Iglesias Vázquez, M.A. (2020). « Los Nubian y el derecho a una nacionalidad: las Decisiones de la Comisión africana de Derechos Humanos y de los Pueblos y del Comité Africano de Expertos en los Derechos y Bienestar de los niños». *DPCE Online*.

³⁸⁵ African Committee of Experts on The Rights and Welfare of The Child Institute for Human Rights and Development in Africa (IHRDA) and Open Society Justice Initiative on Behalf of Children of Nubian Descent in Kenya vs. The Government of Kenya Communication: n. ° Com/002/2009. Decision de 22 de marzo de 2011.

consecuencia serias dificultades de los padres cuando iban a registrar el nacimiento de sus hijos dado que sus documentos de identidad carecían de validez: el hecho de su certificado de nacimiento en Kenia indicaba explícitamente que no constituía prueba alguna de ciudadanía lo que producía una situación contraria al artículo 6° de la *Carta africana sobre los Derechos y el bienestar del niño*. Así, nos encontramos con la situación de infantes en Kenia sin prueba de nacionalidad pero que, al menos, guardaban legítimas expectativas de poder ser reconocidos como tal cuando alcanzaran la edad de los 18 años (por el hecho de haber nacido en Kenia, situación que difería con respecto a sus padres). Tal escenario repercutía en los niños que quedaban como apátridas, cuando menos durante una buena etapa de sus vidas y constituía desde luego una discriminación con respecto a los demás nacidos en el Estado keniano. Los artículos que se consideraban infringidos eran el 6° (derecho a tener un nombre y una nacionalidad), apartados 2, 3 y 4; el 3° (principio de no discriminación), el 11° (derecho a la educación) y el 14° (derecho a la salud y servicios médicos). Según consta en el párrafo 14, no se recibió por parte del Gobierno keniano respuesta alguna. Se examinaron los criterios de admisibilidad del artículo 44° de la misma *Carta*, lo que sí se consideró cumplido. Además, el requisito de haber agotado los recursos internos había sido alegado por los demandantes que mostraron haber realizado lo necesario durante un periodo de siete años a fin de resolver la cuestión favorablemente, sin resultado. Junto a ello, argumentaron el intento del CEMIRIDE que encontró numerosos obstáculos procesales y retrasos injustificados derivados de peticiones innecesarias por parte de los diferentes jueces por los que el asunto había pasado. Al respecto el párrafo 20 no puede ser más ilustrativo:

Frustrated with the process, especially with the fact that within fifteen months of filing, the case had been brought before five different judges none of whom had proceeded with it, the Complainants indicate that a letter was sent to the Chief Justice of Kenya stating that there appeared to be a deliberate placement of administrative and procedural obstacles in the path of the determination of the application brought on behalf of the Nubian community. In this regard, the Complainants indicate that no response to this letter, and other letters sent on 24 July 2004, 24 September 2004, and 24 January 2005 was received.³⁸⁶

³⁸⁶ «Frustrados por el proceso, especialmente por el hecho de que, en el lapso de quince meses desde su presentación, el caso había sido llevado ante cinco jueces diferentes, ninguno de los cuales había procedido con el mismo, los demandantes indican que enviaron una carta

Como consecuencia de lo anterior, habían transcurrido ya más de seis años y el asunto aún estaba pendiente. Este retraso injustificado bastaba para invocar la no necesidad de agotar los recursos previos. Después se procedió al estudio del resto de requisitos que considera cumplidos y al del agotamiento de recursos previos, para finalmente también considerar que cabía la excepción (parágrafo 31) remarcando el principio del bien superior del niño que debe evitar dejarles (como en el presente caso) en un limbo jurídico (parágrafo 29), «a year in the life of a child is almost six percent of his or her childhood» pasó a señalar, para resaltar la importancia de la protección del interés supremo del menor. Respecto al fondo del asunto, compara, a propósito, el dictado literal del derecho contenido en la *Carta africana de los Derechos del Niño* con la de Naciones Unidas, constatando la ausencia de «desde su nacimiento» en la primera. El precepto, sin embargo, debe ser interpretado a la luz de los dictados del Comité de Derechos Humanos de NNUU. Desde luego, no duda al afirmar que:

The seemingly routine practice (which is applied more of as rule than in highly exceptional instances) of the State Party that leaves children of Nubian descent without acquiring a nationality for a very long period of 18 years is neither in line with the spirit and purpose of Article 6, nor promotes children's best interests, and therefore constitutes a violation of the African Children's Charter.³⁸⁷

La cuestión de la apatridia es tratada en el contexto de la Convención de la ONU sobre el Estatuto de los Apátridas de 1954, junto a la *Carta africana*, que estatuye un artículo 6º apartado 4 alineado con la primera, ya que establece el deber de los Estados de prevenir y/o reducir la apatridia (obligación de resultado, no de mera conducta como señala más adelante). Importante es la afirmación de que la definición de la Convención se acepta como parte del derecho internacional consuetudinario. Si bien como

al presidente de la Corte Suprema de Kenia indicando que parecía haber una deliberada obstaculización administrativa y procesal en el proceso de resolución de la demanda presentada en nombre de la comunidad nubia. A este respecto, los demandantes indican que no se recibió respuesta a esta carta, ni a otras cartas enviadas el 24 de julio de 2004, el 24 de septiembre de 2004 y el 24 de enero de 2005».

³⁸⁷ «La práctica aparentemente rutinaria (que se aplica más como norma que en casos muy excepcionales) del Estado Parte que deja a los niños de ascendencia nubia sin adquirir una nacionalidad durante un período muy largo de 18 años no está en consonancia con el espíritu y el propósito del artículo 6º, ni promueve el interés superior del niño, y por lo tanto constituye una violación de la *Carta africana del Niño*» (traducción propia).

acertadamente señaló el Comité y no podría ser de otro modo, cada estado establece sus normas sobre la adquisición de la nacionalidad (parágrafo 44), no puede obviarse el impacto que puede causar sobre un niño (y sobre cualquier persona) el estado de apatridia. Este estatus, según el Comité, no se aplicó a todos los niños Nubian pero sí es un hecho que muchos de ellos habían quedado bajo tal situación. Además, la propia *Constitución* de 2010 de Kenia establece que se presume que un niño menor de ocho años de edad cuyos padres «are not known» es ciudadano por nacimiento, pero no parece ser una garantía suficiente para garantizar los derechos de la infancia especialmente en situaciones como la de «los niños nacidos en Kenia de padres apátridas». En fin, de ello se desprende que el artículo 6° (en sus apartados 2 a 4) había sido vulnerado, y en consecuencia se afirma el trato diferenciado que existe respecto a los niños Nubian, lo que incurre en la vulneración del artículo 3°. También se debe resaltar la afirmación de que «la discriminación racial y étnica está prohibida como norma *jus cogens* del derecho internacional».

Encontramos aquí una invocación del asunto de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Yean and Bosico vs. Dominican Republic*. En este caso, se denegaba u obstaculizaba «el certificado de nacimiento y el reconocimiento de la nacionalidad de los dominicanos de ascendencia haitiana como parte de una política deliberada que efectivamente convertía a los niños en apátridas y que constituía discriminación racial» (parágrafo 56). En fin, tras una investigación exhaustiva de la situación de los niños de ascendencia nubia en Kenia, la Comisión Nacional de Derechos Humanos de Kenia llegó a la conclusión de que «el proceso de investigación de los Nubian es discriminatorio y viola el principio de igualdad de trato». Esta práctica no tiene cabida en una sociedad democrática y pluralista». Para que se justifique un trato discriminatorio, la Comisión africana ha advertido que «las razones de las posibles limitaciones deben estar fundadas en un interés legítimo del Estado y que las limitaciones de los derechos deben ser estrictamente proporcionales [*sic*] y absolutamente necesarias para las ventajas que se obtengan», invocando el Comité otros precedentes: el *Legal resources Foundation vs. Zambia*, *Communication n.º 211/98*, para 67 y *SERAC vs. Federal Republic of Nigeria*, *Communication n.º 155/96*, (parágrafo 58).

En fin, la vulneración de este derecho contagia la vulneración de otros, y así se considera desde luego infringido el artículo 3° (principio de no discriminación) pero también el artículo 14° (derecho a la salud) al no

haber podido tener acceso a servicios básicos. El caso *Purohit and Moore vs. The Gambia* (Communication 241/2001) y el *Free Legal Assistance Group and Others vs. Zaire* (Communications No 25/89, 47/90, 56/91, 100/93) también fueron invocados, así como el artículo 31° de la *Carta africana sobre los Derechos y el Bienestar del Niño*. Para concluir, y antes de declarar la infracción de los preceptos mencionados, dice el Comité: «Las implicaciones del impacto multigeneracional de la denegación del derecho a la nacionalidad son manifiestas y tienen un efecto mucho más amplio de lo que puede parecer a primera vista en el caso. Se ha alegado que el resultado es el subdesarrollo sistémico de toda una comunidad».

Al caso anterior, referido a los niños, siguió la petición ante la Comisión africana de Derechos Humanos y de los Pueblos en 2006 (*The Nubian Community in Kenya vs The Republic of Kenya*, Decisión de 28 de febrero de 2015), presentada por la Open Society Justice Initiative (OSJI) y el Instituto para los Derechos Humanos y el Desarrollo en África (IHRDA) en nombre de la comunidad nubia de Kenia.

En este caso se alegó el estado a que conducía la falta de reconocimiento de la nacionalidad keniana de los Nubian quienes eran considerados extranjeros. Es en este asunto, los Nubian alegaron la discriminación de que habían sido objeto respecto a los trabajadores de la India que habían trabajado en la construcción del ferrocarril a finales del siglo XIX (amén de que habían ayudado a hacer frente a los alemanes en el reparto de África en la zona). En tanto que a éstos se les había concedido la nacionalidad británica, no había ocurrido así con los demandantes que eran descendientes de sudaneses llevados para ayudar a las fuerzas militares británicas pero que, al finalizar la primera guerra mundial y pese que habían solicitado regresar a Sudán, no habían sido atendidos en tal petición. Los demandantes, descendientes de éstos, ya habían vivido toda su vida en Kenia y en condiciones de pobreza. Tras la independencia, tampoco pudieron lograr la nacionalidad keniana por lo que carecían de documentos de identidad con todo lo que ello implica: tener de facto estatus de apátridas, personas sin tierra y desde luego objeto de arbitrarias órdenes de desplazamiento por diferentes zonas de Kenia sin compensación alguna. Los artículos de la *Carta africana y de los Pueblos* que consideraron vulnerados fueron del 1° al 6°, además del 12° al 19°, el 22° y el 24°.

La Comisión estudió la cuestión relativa al agotamiento de los recursos internos como condición previa que ha de cumplirse y cuya prueba compete al estado demandado. Los demandantes, al respecto, habían alegado que, esencialmente, no existían por la excesiva duración de los mismos fruto de obstáculos administrativos y procesales, lo que hacía que fuera inefectivo el sistema. Por parte de la Comisión, se invocaron tanto asuntos internos, como de la Corte Interamericana de Derechos Humanos como del Tribunal de Estrasburgo para llegar a la conclusión de que el requisito se cumplía.

El trato discriminatorio que alegaron los demandantes (violación de los artículos 2º y 3º de la *Carta africana*) al tratar de obtener documentos de identidad pasaba por un proceso lento y humillador que deriva de su etnia y religión: debían presentar documentos adicionales como la identificación documental de sus antepasados, pasar por el *vetting committee* para su aprobación o no, ir a los juzgados para ello y efectuar un pago, cuatro requisitos que no se exigían al resto de ciudadanos de Kenia somalís o árabes. La Comisión declaró que:

The reason for singling out these grounds is because they have historically been misused to oppress and marginalized peoples with these attributes, thereby demeaning the humanity and dignity inherent in them³⁸⁸

No encontramos en la decisión de la Comisión argumentos respecto a sus creencias particulares, sino que, en nuestra opinión, el convencimiento de ésta respecto a la existencia de trato diferenciado deviene de lo que estatuye en el párrafo 131:

The Commission considers that the reason for singling out these grounds is because they have historically been misused to oppress and marginalized peoples with these attributes, thereby demeaning the humanity and dignity inherent in them. The Commission considers further that differential treatment on any of the grounds listed above, without objective justification and which has the effect of imposing burdens on a particular segment of society and impairing their dignity is unfair and discriminatory.³⁸⁹

³⁸⁸ «La razón de señalar estos motivos es que, históricamente, se han utilizado indebidamente para oprimir y marginar a las personas con estos atributos, degradando así la humanidad y la dignidad inherentes a ellos» (traducción propia).

³⁸⁹ «La Comisión considera que la razón para señalar estos motivos es que históricamente se han utilizado indebidamente para oprimir y marginar a las personas con estos atributos,

Además, confirma más adelante el trato humillante del que eran objeto, la falta de respeto a la dignidad de la persona y pone énfasis en que:

The issue in the present Communication is not that Nubians cannot obtain Kenyan citizenship, but that arbitrary standards and undue hurdles are allegedly put in place by the administration which impede their access as a community to identity documents which are proof of their citizenship.³⁹⁰

Apoyándose en instrumentos internacionales como la Convención de 1954 o la de 1961 para la reducción de los casos de apatridia (*Convención para reducir los casos de Apatridia*, adoptada en Nueva York el 30 de agosto de 1961) y, desde luego, los propios regionales como la *Carta africana* para los derechos de la infancia, declara que el Estado keniano violó los artículos 1, 2, 3, 5, 12, 13, 14, 15, 16, 17 (1) y 18 de la *Carta africana* de Derechos Humanos y de los Pueblos y pidió a la República de Kenia que:

Establezca criterios y procedimientos objetivos, transparentes y no discriminatorios para determinar la ciudadanía keniana; b) Reconozca los derechos territoriales de los nubios sobre Kibera adoptando medidas para garantizarles la seguridad de la tenencia; c) Adoptar medidas para garantizar que cualquier desalojo de Kibera se lleve a cabo de conformidad con las normas internacionales de derechos humanos.

A pesar de estos dos dictados, los Nubian no han visto satisfechos, conforme a ley, los derechos que como personas les pertenecen: Más bien, un nuevo problema se ha encontrado relativo a su registro. La *Registration of Persons Act* contiene disposiciones, como la de la inclusión de ADN como elemento identificador biométrico, o la definición de *Global Positioning System coordinates*. Ello condujo a un nuevo pronunciamiento por parte de la *High Court of Nairobi* de 1 de abril de 2019 resultante del recurso presentado por el *Nubian Rights Forum* y otros contra *The Hon. Attorney-General et al.* respecto al Sistema Nacional Integrado de Gestión de la Información (NIIMS), resol-

degradando así la humanidad y la dignidad inherentes a ellos. La Comisión considera además que un trato diferenciado por cualquiera de los motivos enumerados anteriormente, sin justificación objetiva y que tenga como efecto imponer cargas a un segmento particular de la sociedad y menoscabar su dignidad, es injusto y discriminatorio» (traducción propia).

³⁹⁰ «La cuestión en la presente Comunicación no es que los nubia no puedan obtener la ciudadanía keniana, sino que la administración establece, al parecer, normas arbitrarias, obstáculos indebidos que impiden su acceso como comunidad a los documentos de identidad que prueban su ciudadanía». (traducción propia).

viendo el Tribunal que los mencionados elementos quedan en suspenso, de manera que el Estado no podrá «Establecer la recopilación de información y datos personales en el NIIMS como condición previa para la prestación de cualquier servicio público o gubernamental, o para el acceso».

4.3. Los Ogiek ante la Corte africana de Derechos Humanos y de los Pueblos

Los Ogiek³⁹¹ no han sido siempre considerados oficialmente como una etnia, sino como comunidad parte de otras más amplias.³⁹² Se trata de una comunidad indígena que habita en el Mau Forest y su vida gira en torno a su actividad de cazadores y recolectores de miel. Ahí, han vivido desde hace varios siglos y su número ha decrecido por razones diversas, tanto porque algunos han optado por la asimilación con la vida más «moderna», como porque otros han sido desalojados de las tierras en que vivían y consideraban suyas.

El problema viene de antiguo. Desde comienzos del pasado siglo, aún bajo dominación británica, ya habían comenzado a reclamar derechos sobre sus tierras ancestrales. La *Carter Land Commission* de 1933 no atendió a sus reclamaciones sobre aquella, ni a su pretendida consideración como *distinct nation* diferente de los Massai o los Kalenjins. La Administración colonial incluso negoció con los Massai la transferencia de tierras, dejando apartados a los Ogiek.³⁹³ Como resultado de ello, fueron progresivamente forzados a desalojar ya una parte del Mau Forest y, con ello, su particular modo de vida adoptado desde tiempo inmemorial.

Lyman y Kew exponen cómo los anglo-masáis ya provocaron con sus concesiones la desposesión de las tierras a los Ogiek en favor de los británi-

³⁹¹ Este epígrafe se basa en el artículo Iglesias Vázquez, M.A. (2018). «El asunto Ogiek y la Corte africana de Derechos Humanos y de los Pueblos: reforzando los derechos de las comunidades indígenas en África», publicado en *Revista Latinoamericana de Derechos Humanos*, vol. 29, 2.

³⁹² Aparte de los datos aportados, es interesante el artículo citado de Kratz, 1980, pp. 355-368. En la sentencia de la Corte africana, el representante del Estado afirma que «the Ogieks are not a distinct ethnic group but rather a mixture of various ethnic communities», aunque luego admite que son una comunidad indígena en Kenia pero no como los Ogiek de 1930 y 1990 al haber transformado su forma de vida y adaptado a la vida moderna como el resto de los keniatas. Véase parágrafo 104 de la sentencia.

³⁹³ Véase Kimaiyo, T.J. (2004). *Ogiek Land Cases and Historical Injustices 1902-2004*. Ogiek Welfare Council.

cos, forzando relocalaciones de estas comunidades en las de los masái donde se les forzó a abandonar su cultura.³⁹⁴ Las rebeliones de los estos y de los Ogiek forzaron a la formación de una Comisión (formada por dos colonos europeos y un juez que ya había fallado con anterioridad en contra los masái) en 1932, debido al peligro del brote de violencia, pero realmente de poco sirvió ya que el resultado final fue la recomendación de que fueran integrados o asimilados a otras tribus más amplias, sin reconocerles derecho a vivir en sus propias reservas. Más adelante en el tiempo, en el año 1974, el Mau Forest fue declarado Parque Nacional, echando a los Ogiek del mismo y ello sin compensación ni, por supuesto, consulta previa alguna, violando sus derechos más básicos.

Su historia judicial parece haber sido tan complicada como negativa en cuanto a resultados obtenidos hasta la sentencia objeto del presente epígrafe.³⁹⁵ En efecto, el primer asunto presentado ante los tribunales es la *Application* n.º 635 de 1997.³⁹⁶ En la misma se hace referencia a ese despojamiento paulatino que los Ogiek vinieron padeciendo desde 1900. El caso fue llevado ante la High Court de Nairobi. Los fundamentos de derecho alegados se basaron, tanto en derecho interno keniano, en concreto en los artículos 71º, 77º, 81º y 82º de la *Constitución* o en ciertas disposiciones contenidas en la *Agriculture Act* y en la *Forests Act*—que consideraban *ultra vires*—, como en el derecho internacional y en la jurisprudencia en materia de derechos humanos. El Tribunal estatuyó en sentencia de 25 de octubre de 1997, que el Estado debía abstenerse de disponer para otros de tales tierras hasta que, al menos, fueran escuchados y delimitadas sus tierras, en su caso. Poco éxito obtuvieron, pues no se cumplió lo estatuido; sin embargo, parece que sirvió de aliciente para las demandas de otros grupos, con igual base fáctica; así el caso ante la *Kenya High Court, Francis Kemei, David Sitienei and Others vs. The Attorney General, the PC Rift Valley Province, Rift Valley Provincial Forest Officer, District Commissioner Nakuru, Miscellaneous Civil Application 238* de 1999.³⁹⁷

³⁹⁴ Lyman, A., Kew, D. (2011). «An African Dilemma: Resolving Indigenous Conflicts in Kenya». *Georgetown Journal of International Affairs*, 11(1), 2010. 37–46. Los masái se dirigen a los Ogiek con el despectivo apelativo de «dorobo», que significa «muy pobre».

³⁹⁵ Sobre la cuestión, Véase: Barume, A.K. (2005). «Indigenous Battling for the Land Rights: The Case of the Ogiek of Kenya» en Castellino J. y Walsh, N. (2005). *International Law and Indigenous Peoples*. The Raoul Wallenberg Institute Human Rights Library. Vol. 20. Martinus Nijhoff, The Netherlands, 2005. Cap. III, pp. 365-391.

³⁹⁶ *Joseph Letuya and 21 others vs. Attorney General and 5 others.*) HCCA n.º 635/97). The PC Rift Valley Provincial Forest Officer, District Commissioner of Nakuru, Wilson Chepkwony, Director of Forest.

³⁹⁷ Barume, 2005, pp. 365-392.

Merece la pena resaltar este asunto por cuanto que el tribunal se pronunció el 23 de marzo de 2000 en contra de los Ogiek, arguyendo que la modernidad abrazada no es compatible con la conservación del medio ambiente, lo que en definitiva hizo decaer el argumento de la necesidad de las tierras como medio esencial de subsistencia. Aunque la Corte no hace referencia expresa, inevitablemente este asunto nos recuerda a lo acontecido con los Sami del norte de Europa y la autoafirmación como comunidad indígena que se sirve de medios «modernos» para conducir a los rebaños de renos sin que ello haya influido negativamente en su consideración de indígenas. Afirmó además el Tribunal, que se les dieron tierras alternativas y que podían de hecho, vivir en cualquier parte del país, por lo que no existía discriminación alguna.³⁹⁸

4.3.1. *La sentencia en el asunto 006/2012 African Commission of Human and Peoples' Rights vs. la República de Kenia*

En 2009, la Comisión africana recibió Comunicación del Center for Minority Rights Development (CEMIRIDE) juntamente con el Minority Rights Group International (MRGI)³⁹⁹ en nombre de los Ogiek, acerca del forzoso desplazamiento de tierras del Mau Forest, ordenado en octubre de ese año por parte del Gobierno de Kenia, quien fundamentó la decisión en las disposiciones contenidas en la sección 4 de la *Government Land Act*⁴⁰⁰ que permite que, en zonas como ésta, que es reserva hidrográfica o en las declaradas parques nacionales, por ejemplo, el Gobierno no tiene obligación de

³⁹⁸ Véase párrafo 51 de la Communication no 381/09, Complainants' submissions on admissibility, CEMIRIDE, Minority Rights Group International & Ogiek Peoples Development Programme (on behalf of the Ogiek Community) v Republic of Kenya. Dice: «The Ogiek have alternative land given to them, that they can live anywhere in Kenya, and that there was no evidence of discriminatory treatment on ethnic or improper grounds».

³⁹⁹ African Commission on Human and Peoples' Rights vs. Republic of Kenya. Application n. ° 006/2012. (Judgment of 26 May 2017). Las ONG pueden tener legitimación activa en los procesos en base al artículo 33, 1 f) de las Reglas de la Corte. Rule 33: Access to the Court: 1. Pursuant to the provisions of articles 5 and 34 (6) of the Protocol, the following are entitled to submit cases to the Court... f) An individual or a Non-Governmental Organization which has observer status before the Commission provided the requirements of article 34(6) of the Protocol are met.

⁴⁰⁰ Véase párrafo 8 de la sentencia: «The Kenyan government controls Ogiek ancestral lands through three Acts of Parliament: The Government Lands Act (1970, revised 1986), the Forests Act (1957, revised 1964) and the Wildlife (Conservation and Management) Act (1977, revised 1985)».

consultar (como así hizo respecto de los Ogiek) en relación con los planes de desarrollo de aquéllas.⁴⁰¹

Dado el peligro a que quedaban expuestos por tener que abandonar sus tierras, la Comisión, con fecha del 23 de nov de 2009, dictó medidas provisionales ordenando al demandado cesar en sus actuaciones.

En la argumentación efectuada por Minority Rights a la Comisión⁴⁰² ya se hacía referencia a la erosión cultural y espiritual que ese desalojo de tierras provocó en los Ogiek vulnerando sus derechos fundamentales, los contemplados en instrumentos internacionales en los que Kenia es parte, como el artículo 15° del *Pacto sobre los Derechos Económicos, Sociales y Culturales* de 1966, situación que bien podría encuadrarse en lo que Stavenhagen considera, muy acertadamente a nuestro parecer, «catálisis de etnocidio».⁴⁰³ El problema radica en que esta categoría del «etnocidio» no parece tener aún la cabida que merece en el Derecho Penal Internacional, pese a lo que significa con respecto a la dignidad de la persona.⁴⁰⁴ Ya hemos sostenido en otro trabajo la conveniencia de que quede penada bajo este crimen internacional (lo que requeriría una modificación de la Convención impensable) o de la del delito de lesa humanidad como ya hiciera en Tribunal para la Antigua Yugoslavia.⁴⁰⁵ Con ello, en el momento presente, sólo puede ser objeto de repulsa y condena bajo el Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

Según consta en los párrafos 21° y 22° de la sentencia, el demandado no cumplió con el mandato de la Comisión, por lo que esta, ante lo que

⁴⁰¹ Sobre el acaparamiento de tierras, véase.: Zamora Cabot, F.J. (2015). «Desarrollo sostenible y empresas multinacionales: un estudio sobre los acaparamientos de tierra (land grabbing) en clave de responsabilidad», en *Huri-Age* n° 4. Asimismo, Camarero Suárez, V., Zamora Cabot, F.J. (2016). «El acceso al agua limpia y al saneamiento: un derecho humano crecientemente asediado». *Huri-Age* n° 4.

⁴⁰² Véase.: <http://minorityrights.org/wp-content/uploads/old-site-downloads/download-91-Kenyas-Castaways-The-Ogiek-and-National-Development-Processes.pdf>.

⁴⁰³ Véase Stavenhagen, R., (1990). *The Ethnic Question: conflicts, development, and human rights*. United Nations University Press: «ethnocide is a process in which a culturally distinct people lose its identity; it encompasses both economic and cultural dimensions which are embedded in the theories and practices of development and nation building».

⁴⁰⁴ Convención para la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio. Adoptada y abierta a la firma y ratificación, o adhesión, por la Asamblea General en su resolución 260 A (III), de 9 de diciembre de 1948, (Entrada en vigor: 12 de enero de 1951, de conformidad con el artículo XIII).

⁴⁰⁵ Véase Iglesias Vázquez, M.A. (2018). «La destrucción de los edificios religiosos en conflictos bélicos: ¿Crimen de Guerra?: A propósito de la sentencia Al Mahdi del Tribunal Penal Internacional», *Anuario de Derecho Eclesiástico y del Estado*, Volumen XXXIV.

consideraba masiva violación de derechos contenidos en la *Carta*, decidió actuar en nombre de los Ogiek y presentó demanda en la que los derechos que se alegan vulnerados son los artículos 1º, 2º, 4º, 8º, 14º, 17º, 21º y 22º de la *Carta*.⁴⁰⁶

La demandante solicitó de la Corte que declarase que: (1) el Mau Forest ha sido desde tiempo inmemorial la casa ancestral del pueblo Ogiek, que (2) su uso es primordial para su supervivencia y para el ejercicio de su cultura, de sus costumbres y tradiciones, de sus religiones, para el bienestar de sus comunidades,⁴⁰⁷ que (3) el Estado tome las medidas legislativas necesarias para delimitar, demarcar y titular el territorio donde tienen tierras ancestrales según las costumbres y usos y ello sin detrimento de otras comunidades⁴⁰⁸ y desde luego (4) las tendentes a evitar que tal derecho se viera vulnerado y la rescisión de títulos o concesiones que ilegalmente se hubieran podido llevar a cabo sobre sus tierras ancestrales, que deberían ser devueltas a los Ogiek. Junto a ello, en su caso, la compensación por los daños sufridos y otras que constan en otros apartados.

4.3.1.1. Cuestiones abordadas por la Corte: los Ogiek como comunidad indígena

La primera de las cuestiones abordadas por el Tribunal es la consideración de los Ogieks como comunidad indígena, cuestión que considera central para decidir sobre las peticiones efectuadas y que es la argumentada por la Comisión, basándose en dos datos principales: el hecho de vivir en el Mau Forest. Por tiempo inmemorial y la forma de vida y supervivencia tradicional en los Ogiek, comunidad de cazadores-recolectores.

Llama la atención, como ya hemos adelantado antes, la alegación efectuada por el demandado acerca de la transformación de la forma de vida de algunos Ogiek, que les hace perder la característica de indígena. Igual clase de aseveraciones se pueden encontrar respecto de los Samis, pero no existe referencia alguna a ningún asunto «europeo». Igualmente nos recuerda, en otro sentido distinto, a los asuntos de la Corte Interamericana de Derechos

⁴⁰⁶ *Id.*, parágrafo 10.

⁴⁰⁷ *Id.*

⁴⁰⁸ *Id.*

Humanos, *Pueblo Saramaka y Pueblo Moiwana vs. Surinam*, comunidades de origen africano que fueron llevadas a América como esclavos.⁴⁰⁹

Adelantando que la respuesta a su consideración como indígenas será positiva, las bases jurídicas⁴¹⁰ que toma la Corte para llegar a la afirmación del carácter de comunidad indígena de los Ogiek son: la prioridad en el tiempo respecto al uso y ocupación de un territorio determinado (Mau Forest en este caso); la voluntad de perpetuar su cultura (lo que incluye el idioma, la organización social, su religión y valores espirituales, sus formas de producción y sus leyes e instituciones); la auto-consideración como indígena; acompañada del reconocimiento de otros grupos o instituciones del Estado, y la de sufrir marginalización, desposesión, exclusión o discriminación, persistieran o no esas condiciones.⁴¹¹ Ello tras recordar previamente, la falta de definición universalmente aceptada, de lo que se entiende por «pueblos indígenas» pese a los esfuerzos a los que antes hicimos referencia.⁴¹²

Teniendo en cuenta que la *Carta* se refiere, en cuanto a su interpretación, a otros instrumentos internacionales en materia de derechos humanos (arts. 60° y 61°), no sólo los menciona, sino que va probando el hecho de que efectivamente concurren los referidos criterios, citando en cuanto a la doctrina se refiere la obra de Kratz, Corinne A., cuyo título es más que ejem-

⁴⁰⁹ *Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam*, CIDH, sentencia del 28 de noviembre de 2007, párrafo 64. En el mismo se refiere a que la inclusión voluntaria de algunos miembros del pueblo Saramaka en la «sociedad moderna» ha afectado su distinción cultural, de modo que sería dificultoso definirlos como una personalidad legal.

⁴¹⁰ Menciona expresamente la labor del grupo de trabajo para cuestiones indígenas, el informe especial del relator de NNUU sobre los Pueblos y Comunidades Indígenas, el «Convenio 169» de la OIT, la Opinión Consultiva de la Comisión africana para del derechos humanos y de los pueblos sobre la Declaración de NNUU sobre los Derechos de los Indígenas de mayo de 2007, el informe del relator especial de la Sub-Comisión para la prevención de la discriminación y protección de las minorías: el Informe del WGIP/C, Investigación e Información de la visita a Kenia 1-19 marzo 2010 (pp. 41-42); UNHRC, Casos examinados por el relator especial en junio 2009-julio 2010, 15ª Sesión del CDH (15 septiembre de 2010) UN Doc. NHRC/15/37/^a Sesión del CDH, Add.1, párrafo 268, Informe del relator especial sobre la situación de los derechos humanos y libertades fundamentales de los Pueblos Indígenas de 26 de febrero de 2007: UN Doc. NHRC/4/32/Add.3.

⁴¹¹ Véase Naciones Unidas. Consejo Económico y Social. Doc. E/CN.4/Sub.2/AC.4/1996/2, 10 de junio de 1996, Documento de trabajo de la Presidenta-Relatora, Sra. Erica-Irene A. Daes, sobre el concepto de «pueblos indígenas», párrafo 69.

⁴¹² Concretamente, en el párrafo 105, la sentencia Ogiek menciona, el trabajo efectuado por la «Convención 169» de la OIT a través del WGIP, o el trabajo del relator especial para las minorías.

plificativo: «Are the Ogiek Really Massai? Or Kipsigis? Or Kikuyu?»⁴¹³ y la de Kimaiyo, Towett J. Ogiek Land Cases and Historical Injustices-1902-2004.⁴¹⁴ Esta cuestión sobre la consideración de los Ogiek como pueblo indígena, se retoma cuando entra en la valoración de la vulneración del artículo 2º de la *Carta* que prohíbe la discriminación, ya que la *Kenya Land Commission* les negó su estatus de comunidad indígena en 1933, con la consiguiente imposibilidad de obtener los derechos que, como tales, se les debió haber reconocido e incluso considerándoles como *barbaric people* proponiendo su adscripción con otro grupo de similares características. Como término comparativo menciona a los masái. Pero, además, afirmó que la *Constitución* de 2010 de Kenia, al definir «comunidades marginalizadas» lo hace de forma perfectamente aplicable a los Ogiek.

4.3.1.2. El Derecho a la Propiedad de las tierras del artículo 14º de la *Carta africana*

Realmente la cuestión relativa a la propiedad (comunal) de las tierras es la materia alrededor de la cual giran las demás vulneraciones de derechos fundamentales que a las comunidades indígenas corresponden, problema que hemos comprobado, ocurre igualmente en los casos fallados por la Corte Interamericana o por la Comisión africana en el asunto Endorois o Nubian.⁴¹⁵ La tierra es el elemento básico, esencial, sin el cual estas comunidades están en situación de perder su cultura, su modo tradicional de vida, sus costumbres, y en algunos casos, hasta sus vidas. La tierra no es sólo elemento material, sino espiritual como ya tantas veces ha remarcado la doctrina⁴¹⁶ y la jurispruden-

⁴¹³ Véase: pie de p. 20 de la sentencia Ogiek, Kratz, C. (1980). *A Cahiers d'Etudes Africaines*, Vol. 20.

⁴¹⁴ Véase: pie de p. 25 de la sentencia Ogiek. Kimaiyo, T. (2014). *Ogiek Land Cases and Historical Injustices-1902-2004*. Ogiek Welfare Council.

⁴¹⁵ Véase: Iglesias Vázquez, M.A. (2016). «La Protección de los Derechos de las Comunidades Indígenas en la Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos», en *Principia Iuris*, vol. 13, n.º 26, pp. 261-298.

⁴¹⁶ La doctrina al respecto es ya muy abundante. Entre otros, Wright Robin, M. (2013). «Indigenous Religious Traditions of the World», en Sullivan, L. (Ed). (2013). *Religions of the World: A Cultural Introduction to the Making of Meaning*, Fortress Press. Wiessner, S. (2011). «The Cultural Rights of Indigenous Peoples: Achievements and Continuing Challenges» en *The European Journal of International Law*, vol. 22 N.º. 1; Thornberry, P. (2002). *Indigenous peoples and Human rights*. Manchester University Press; Pentikäinen, J. (1987). «The Saami shamanic drum in Rome». *Scripta Instituti Donneriani Aboensis* vol 12. Kingsbury, B. (2011). «Indigenous People». *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, Oxford University Press. Gómez Isa, F. Berraondo, M. (Eds.). (2013). *Los derechos indígenas tras la Declaración: El desafío de la implementación*. Deusto;

cia⁴¹⁷ y en el caso concreto de los Ogiek, éstos juegan un importante papel como guardianes del ecosistema conservando y protegiendo la tierra y los recursos naturales. En palabras de Lucy Claridge: «*crucially the Court has recognized that the Ogiek – and therefore many other indigenous peoples in Africa – have a leading role to play as guardians of local ecosystems, and in conserving and protecting land and natural resources, including the Mau Forest*».⁴¹⁸

En el asunto Endorois, la Comisión ya había argumentado ampliamente ese significado espiritual de la tierra y es tal la fuerza con que vertió sus afirmaciones que no mucho más habría que añadir al respecto sobre el aspecto inmaterial que representa.⁴¹⁹ Sí nos llama la atención que, en relación con el derecho consagrado en el artículo 14, en ninguno de los párrafos en que se exponen tanto los argumentos de la demandante, como los del demandado o como los del tribunal, se hace referencia al lazo espiritual con la tierra.⁴²⁰

No quiere decir ello, que no reconozca tal ligazón, sino que, en la sentencia, se habrá de esperar a la consideración sobre la vulneración del artículo 8º de la *Carta* referido a la libertad de conciencia y religión, para volver a ver en la jurisprudencia regional de las Cortes de derechos humanos el lazo tierra-espiritualidad. El derecho contenido en el artículo 14 de la Convención africana es aplicable tanto al individuo como al grupo.⁴²¹

Brownlie, I. (1988). «The Rights of Peoples in Modern International Law», en Crawford, J. (1988). *The rights of Peoples*, Clarendon Press.

⁴¹⁷ Véase también el interesante voto razonado conjunto de los jueces A.A. Cançado Trindade, M. Pacheco Gómez y A. Abreu Burelli en el asunto CIDH, *Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni*, (p. 1 del voto razonado) donde ponen especial énfasis en que las tierras de las comunidades indígenas son a la vez, «espacio geográfico y social, simbólico y religioso, de crucial importancia para su autoidentificación cultural, su salud mental, su autopercepción social».

⁴¹⁸ «De manera decisiva, el Tribunal ha reconocido que los Ogiek –y, por tanto, muchos otros pueblos indígenas de África– tienen un papel destacado que desempeñar como guardianes de los ecosistemas locales y en la conservación y protección de la tierra y los recursos naturales, incluido el Mau Forest» (traducción propia).

⁴¹⁹ Esta cuestión ya la tratamos en Iglesias Vázquez, M.A. «El hecho religioso en las comunidades indígenas y la jurisprudencia de los Tribunales Regionales de protección de los Derechos Humanos. Especial referencia a Europa», *Anuario Eclesiástico del Estado*, Vol. XXXIII (2017), pp. 461-494. Véase el interesante el trabajo de Camarero Suárez, M.V. (2018). «Acaparamientos de tierras y aguas: impacto sobre los pueblos indígenas y sus convicciones religiosas» en *Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado*, vol. XXXIV.

⁴²⁰ Véanse los párrafos 114 a 131 de la sentencia Ogiek.

⁴²¹ Artículo 14º: «Estará garantizado el derecho a la propiedad. Este solamente podrá ser usurpado en el interés público o general de la comunidad y de conformidad con las disposiciones de las leyes adecuadas».

Se enmarca en la primera parte, lo que marca una diferencia teórica, con respecto a otros textos regionales de protección de los Derechos Humanos y de la Declaración Universal de 1948. Esa concreta referencia a la palabra «pueblos» es cuestión que ya la Comisión africana, en la Recomendación del asunto Endorois, remarcó, resaltando (diríamos que con la suficiente fuerza para no pasar desapercibido) el carácter único de la Carta africana de Derechos Humanos y de los Pueblos en relación con los demás textos internacionales y regionales que no refieren literalmente, en sus denominaciones, la palabra señalada, «pueblos».

La novedad argumentativa de la sentencia Ogiek es la tesis de la que parte la Corte sobre el significado de propiedad. Esta aportación no aparece en las sentencias de la Corte Interamericana ni en la anterior de la Comisión africana. Tampoco en la del TEDH, referida a las recaídas en los asuntos de los Samis. El artículo 14º de la *Carta* según la propia Corte, consagra un derecho que, efectivamente y «en su sentido tradicional» tiene tres elementos que ya fueran advertidos por el Derecho Romano: el *usus*, el *fructus* y el *abusus*: *ius utendi* (*usus*), *ius fruendi* (*fructus*) e *ius abutendi* (*abusus*): uso, disfrute de sus frutos y el derecho a disponer basado en la potestad de modificar, vender o destruir el objeto o cosa determinada. La propiedad en las leyes romanas se definía como el goce absoluto y pleno sobre un objeto o cosa corporal (beneficios del derecho de propiedad a su titular). Este significado se ha perpetuado en la teoría del derecho de propiedad de los sistemas continentales.⁴²² Pero por lo que respecta a Kenia, lo debemos tratar en principio con precaución, ya que las influencias inglesas en el derecho keniano son relevantes como colonia británica que fuera, de manera que existen categorías jurídicas relacionadas con la propiedad que derivan del derecho romano, otras del inglés y otras propias del sistema en cuestión.⁴²³

⁴²² Téngase en cuenta también que como señala Carrillo de albornoz Ortega, No es lo mismo el concepto de propiedad en tiempos de Gayo, por ejemplo, que en la legislación justiniana. La propiedad como poder absoluto e ilimitado queda relegado a las épocas más antiguas; el elemento individualismo primitivo sufre una paulatina pero patente mitigación a través de excepciones y limitaciones que responden a una mayor injerencia de factores socializantes., *Derecho Privado Romano*, Promotora Cultural Malagueña, Málaga 1999, pp. 117-119.

⁴²³ Así, «tenancy» no existe en el derecho inglés y en Kenia, por aplicación de la costumbre, si puede predicarse, como sostiene Boaz Amoró, N. (2012) *Land Law: The Concept of Ownership and the Acquisition Rights of Land in Kenya*: «Tenancy in common does not exist in England law but only at equity and this was after 1925. In Kenya, land under customary law can be held within a tribe, a clan or a family on joint tenancy or common tenancy», p.6.

Más que el *usus* y el *fructus*, creemos que puede plantear más problemas jurídicos el tercer elemento que no es absoluto en el derecho consagrado en el artículo 14° (ni en el del derecho europeo, civil o continental), el *abusus*. La Corte estatuyó, expresamente, que el artículo 14° de la *Carta* se debe interpretar a la luz de los principios aplicables especialmente en el marco de las Naciones Unidas, del que destaca el artículo 26°⁴²⁴ de la *Declaración sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas* de 2007, respecto de la que, recordemos, Kenia se abstuvo, afirmando que la interpretación del artículo 14° de la *Carta* africana debe hacerse conforme a este precepto, con lo que está otorgándole un valor jurídico añadido, al discutido de la Declaración: he aquí una destacable afirmación de este pronunciamiento.

La cuestión del tipo de propiedad, del derecho a la misma que ostentan los pueblos y comunidades indígenas es de tipo comunal y el apartado 2 del artículo 26° no implica necesariamente el derecho a la propiedad clásico, sino también posesión, uso o utilización u ocupación tradicional. Con ello, y al menos desde la perspectiva del derecho civil continental, «parecen» confluir dos tipos de derechos con diferente regulación en los códigos occidentales. Lo que queremos decir es que, en puridad, propiedad y posesión son diferentes categorías jurídicas, lo que parece no tener relevancia a la hora de dictaminar el derecho a la «propiedad» de las tierras ancestrales indígenas. La conjunción de ambos preceptos asegura el uso de la tierra que necesitan para desarrollarse en su condición de indígenas y con la que se sienten identificados, tierra donde, originariamente, habitaron sus antepasados⁴²⁵ y que es el lugar donde ejercen sus prácticas religiosas y donde moran los espíritus, donde su cultura puede desarrollarse en plenitud. Y aunque lo estatuya también cuando considera la violación del artículo 21 de la *Carta*, la Corte afirma ahora que:

The Court in this regard, that it has already recognized for the Ogieks a number of rights to their ancestral land, namely, the right to use (*usus*) and the right to enjoy the produce of the land (*fructus*), which presuppose the right of access to and occupation of the land.⁴²⁶

⁴²⁴ Véase el parágrafo 127 de la sentencia Ogiek.

⁴²⁵ En este aspecto, de la sentencia Saramaka, ya se desprende que no parece que sea obstáculo para la concesión del derecho y de característica de indígena a las poblaciones que fueron llevadas desde el continente africano al americano, donde se asentaron desde el siglo XVII.

⁴²⁶ «El Tribunal a este respecto, que ya ha reconocido a los Ogieks una serie de derechos sobre sus tierras ancestrales, a saber, el derecho de uso (*usus*) y el derecho a disfrutar de los

El respeto al goce del derecho contenido en el artículo 14º no es absoluto como antes se ha señalado: se halla limitado (para el Estado) a la consulta previa e indemnización cuando existe causa de utilidad pública (limitado debido a la utilidad pública que el ejercicio de la expropiación exige en los derechos civiles continentales) necesaria y proporcional y que conlleva en cualquier caso una adecuada compensación. Y, de hecho, el que los Ogieks hubieran sido expulsados sin consulta previa, sin respeto a las condiciones mencionadas (interés o necesidad pública), hizo que el artículo 14 se viera vulnerado. Quizás aquí, la Corte pudo ir más allá y establecer, tal y como hiciera la Corte Interamericana desde el *asunto Awas Tingni*, que incluso la falta de título no impide la titularidad de este derecho⁴²⁷ (prueba que se torna «diabólica» tantas veces, parafraseando aquí el término utilizado por el Juez Cançado Trindade en el asunto Yakye Axa.⁴²⁸ En el asunto *Mandungandí y Emberá de Bayano y sus miembros vs. Panamá*, la Corte IDH sostuvo que la posesión tradicional de las tierras es título equivalente al de pleno dominio que otorga derecho a exigir reconocimiento oficial de su propiedad y registro, de lo que deriva el deber del Estado de proceder al reconocimiento, demarcación y titulación de las tierras. Con anterioridad, en el asunto *Saramaka vs. Surinam*, la Corte Interamericana subrayó que la protección del derecho a la propiedad conforme al artículo 21 de la Convención Interamericana no es absoluta: «la ley podrá subordinar [el] uso y goce de [los bienes] a los intereses de la sociedad», pero su limitación deberá a) estar previamente establecida por ley; b) ser necesaria; c) proporcional y d) tener el fin de lograr un objetivo legítimo en una sociedad democrática, criterios establecidos ampliamente por la jurisprudencia⁴²⁹ y que desde lue-

productos de la tierra (fructus), que presuponen el derecho de acceso y ocupación de la tierra» (traducción propia).

⁴²⁷ CIDH Caso *Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingi contra Nicaragua*. Sentencia de fecha 31 de agosto de 2001. Véase.: espacialmente para 150 de la sentencia. También el Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya contra Paraguay (citado) o Yakye Axa.

⁴²⁸ En su voto disidente, el Juez denomina así a la prueba exigida a la Comunidad Indígena sobre la carga que hace pesar la CIDH en este asunto sobre la causa del fallecimiento de determinados miembros de la comunidad, consecuencia de haber tenido que desalojar sus tierras ancestrales.

⁴²⁹ Caso de la Comunidad Indígena Yakye Axa, paras. 144-145 citando (mutatis mutandis) Caso Ricardo Canese vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2004. Serie C n.º 111, párr. 96; Caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de julio de 2004. Serie C n.º 107, párr. 127, y Caso Ivcher Bronstein vs. Perú. fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 6 de febrero de 2001. Serie C n.º 74. párr. 155. Cf., también, Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya, parágrafo 137. CEDH, caso *Länsman y otros vs. Finlandia* (quincuagésima segunda sesión,

go, implican que no cause una denegación de su subsistencia como pueblo tribal. Inevitablemente, aquí echamos en falta que la Corte africana no traiga la doctrina asentada ya por la Corte Interamericana.

En el transcurso del procedimiento judicial, se aprobó la ya mencionada *Community Land Act* de 2016, a efectos de cumplir con el mandato constitucional, aunque parece que son precisos reglamentos que complementen y aclaren ciertos aspectos de esta ley. La *Constitución* de 2010 señala en el artículo 61 una clasificación de tierras en públicas, comunales y privadas, pero ello requiere una clara demarcación. La ley de tierras de 2012 reconoce derechos consuetudinarios (artículo 37, parte IV, *Community Land*) que han de ser regulados de conformidad con el artículo 63 de la *Constitución* keniana y la *Forest Act* de 2015 se refiere también a «comunidad» proporcionando una definición que encaja con las características de los Ogiek, como *community forest* (grupo de personas que tradicionalmente están ligados con el bosque en su forma de vida, cultura o religión). Parece, pues, que la letra de la ley es clara, pero los Ogiek no fueron considerados, siempre, indígenas, con lo cual no se beneficiaron de los derechos conferidos por ley. Por ello, la Corte falló que la falta de ese reconocimiento condujo a la denegación y consiguiente violación del derecho contenido en el artículo 14º de la *Carta*.

4.3.1.3. El artículo 21º de la CAfDHP y el derecho a disponer de sus riquezas y recursos naturales

Relacionada con la cuestión anterior, existe otra de no menos importancia ligada también a la de la propiedad de las tierras-pueblos indígenas: el derecho a disponer de las riquezas de sus tierras y sus recursos naturales.⁴³⁰ La mención de la palabra «pueblos» a que hace referencia el artículo 21º de la *Carta*, mereció que la Corte, antes de pronunciarse sobre la vulneración de tal precepto, analizase el alcance de esta categoría jurídica «pueblo», respecto de la cual afirmó que, deliberadamente, fue dejada sin definición por los autores de la *Carta* en aras a permitir una mayor flexibilidad. He aquí un problema relacionado con el principio de la libre determinación de los pueblos. La Corte resuelve que los diferentes grupos étnicos o comunidades

1994), Comunicación n.º 511/1992, y Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, Doc. CCPR/C/52/D/511/1994, 8 de noviembre de 1994.

⁴³⁰ Véase Zamora Cabot, 2015, p. 53.

forman parte de ese elemento población, elemento del Estado, sin poner en tela de juicio la soberanía y la integridad territorial del Estado:

It would in fact be difficult to understand that the States which are the authors of the Charter intended, for example, to automatically recognize for the ethnic groups and communities that constitute their population, the right to self-determination and independence guaranteed under Article 20 (1) of the Charter, which in this case would amount to a veritable right to secession.⁴³¹

La integridad territorial del Estado es un importante principio superior del derecho que actúa como límite derivado, no sólo de la Declaración de 2007, sino de la doctrina y de la jurisprudencia de los tribunales. Además, cuando estudió la violación del artículo 22º reiteró que los pueblos que constituyen la población (elemento del Estado) son entidades con derecho al desarrollo social económico y cultural, artículo que interpreta a la luz de artículo 23º de la UNDRIP.

4.3.1.4. Los artículos 8º y 17º de la *Carta africana*: la libertad de creencias y la cultura

La sentencia dedica trece párrafos a la cuestión de la libertad religiosa del artículo 8º de la *Carta*, que, como antes dijimos, tanta fuerza tuvo en el caso Endorois. La necesidad de la tierra para la práctica de sus creencias llevó a la Comisión a concluir la vulneración de la libertad religiosa. El mismo razonamiento fue seguido por la Corte Interamericana. Resaltemos, de nuevo, en este sentido⁴³² el voto razonado conjunto de los jueces A.A. Cançado Trindade, M. Pacheco Gómez y A. Abreu Burelli, que pusieron especial énfasis en que las tierras de las comunidades indígenas son a la vez, «espacio geográfico y social, simbólico y religioso, de crucial importancia para su auto identificación cultural, su salud mental, su autopercepción

⁴³¹ «En efecto, sería difícil entender que los Estados autores de la *Carta* pretendieran, por ejemplo, reconocer automáticamente a los grupos étnicos y a las comunidades que constituyen su población, el derecho a la autodeterminación y a la independencia garantizado por el apartado 1 del artículo 20º de la *Carta*, lo que en este caso equivaldría a un verdadero derecho de secesión» (traducción propia).

⁴³² Iglesias Vázquez, 2017, p. 68.

social». ⁴³³ En el asunto *Yakye* ⁴³⁴ la Corte, reafirmó aquella relación tierra-hecho religioso, al advertir, que los recursos de la misma sirven para su alimento corporal, es decir, constituye su medio principal de subsistencia, a la vez que es «elemento integrante de su cosmovisión, religiosidad y, por ende, de su identidad cultural». ⁴³⁵

Tan sólo en el caso del TEDH hemos encontramos una ausencia de invocación del elemento religioso y de referencia en los casos presentados en reclamación de sus tierras por parte de los Samis principalmente y con los que los Ogiek comparten la similitud de que un sector de ambos abandonó sus propias creencias en favor del cristianismo: en el caso de Suecia, forzosamente. Esta referencia a la adopción del cristianismo es irrelevante para la Corte. La testigo y experta Dr. Liz Alden Wily recuerda que, para los Ogiek, cultura y religión no pueden entenderse separadamente; la Comisión alegó que no todos los Ogiek son cristianos y, aun así, tanto los que los profesan como los que no, necesitan igualmente de la tierra donde reposan sus muertos. Es igualmente notable el hecho de que esta comunidad se veía obligada al pago de cierta cantidad para acceder a los sitios religiosos situados en sus tierras ancestrales. La Primera Conferencia Mundial sobre los Pueblos Indígenas de septiembre de 2014 proclama en su documento final que

Afirmamos y reconocemos la importancia de los lugares religiosos y culturales de los pueblos indígenas y de hacer posible el acceso y la repatriación de sus objetos de culto y de restos humanos de conformidad con los fines de la Declaración» ⁴³⁶ y, como no podía ser de otra forma, igualmente ha sido objeto de numerosos estudios: la doctrina es amplia al respecto. ⁴³⁷

⁴³³ Corte IDH, *Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni*, p. 90 y p. 1 del voto razonado.

⁴³⁴ Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay. Fondo Reparaciones y Costas*. Sentencia 17 de junio de 2005, cit.

⁴³⁵ *Id.*, párrafo 135.

⁴³⁶ Naciones Unidas: Resolución aprobada por la Asamblea General el 22 de septiembre de 2014.

⁴³⁷ Curtis señala: «There seems to be a broadly prevalent idea that the Indians lacked a religion. Rather than being without a religion, every act of his life was according to divine prompting». Véase Gidley, Mick: Edward S. Curtis and the North American Indian, Incorporated, Cambridge University Press, 13 Feb. 2000, p. 257; Wright Robin M: «Indigenous Religious Traditions of the World», Chapter 1 en: Lawrence E. Sullivan (ed), *Religions of the World: A Cultural Introduction to the Making of Meaning*, Fortress Press, 2013; Camarero Suárez, MV, «Acaparamientos de tierras y aguas: impacto sobre los pueblos indígenas y sus convicciones religiosas», citado. en

Después de haber examinado la cuestión religiosa, pasa a una conexas cuestión como es la relativa a la vulneración del artículo 17º de la *Carta*. El concepto de cultura es tan amplio que nos atrevemos a decir que en sí mismo ya incluiría otros derechos que individualmente analiza la Corte, como el que acabamos de comentar o el del artículo 21. Como recuerda la Corte, trayendo el asunto Endorois:

Culture could be taken to mean that complex whole which includes a spiritual and physical association with one's ancestral land, knowledge, belief, art, law, morals, customs and any other capabilities and habits acquired by humankind as a member of society - the sum total of the material and spiritual activities and products of a given social group that distinguish it from other similar groups and in that it encompasses a group's religion, language, and other defining characteristics.⁴³⁸

Barume, realizó lo que nos parece un valioso aporte en este sentido en su obra ya citada, recordándonos que la tierra es encarnación de la cultura, porque despojarlos de sus tierras es poner en peligro su cultura, su forma de vida, sus lenguas, evocando otros casos paradigmáticos como el *Mabo Case* de Australia o, citando frases tan ilustrativas como la de Barsh, «la razón de ser de la cultura de los pueblos indígenas».⁴³⁹ La base en la que se apoyó el demandado fue la pérdida de la cultura propia de los Ogiek toda vez que su estilo de vida había cambiado («metamorphosed» en el exacto término utilizado),⁴⁴⁰ lo que desde luego no estimamos convincente.⁴⁴¹

En cualquier caso, la Corte recordó las obligaciones contenidas en la *Carta Cultural* de la OUA, de 5 de julio de 1976, en la que Kenia es parte desde 1990 y de las obligaciones derivadas de la Declaración de 2007, entre

pie de p. 419. No queremos dejar sin mencionar los trabajos de los relatores especiales, Anaya, Stavenhagen, Daes vertidos en sus Informes sobre la situación de las CCII, a otros autores como Crawford, Gómez Isa, Felipe, Griffiths, Grote, o Rainer, o el trabajo que también al respecto ha sido desarrollado en el seno de la de la INTERNATIONAL LAW ASSOCIATION y, en fin, un largo etcétera.

⁴³⁸ Véase el párrafo 14 de la sentencia Ogiek.

⁴³⁹ Véase Barume, L. (2010). *Land Rights of indigenous peoples in Africa*. IGWIA, p. 146.

⁴⁴⁰ *Id.*, Sentencia Ogiek, párrafo 175.

⁴⁴¹ Documento IWGIA n° 15, Actas de la Conferencia sobre Pueblos Indígenas en África. Tune Dinamarca, 1993, p. 281: «Es ahora evidente que las políticas coloniales basadas en la protección y civilización, son responsables de las mayorías de las miserias que afligen hoy a los pueblos indígenas». Véase también, Griffiths, T. (2005). *Los Pueblos Indígenas y el Banco Mundial: experiencias de participación*. Forest Peoples Programme, p. 5.

otras, la de abstenerse de toda conducta tendente a forzar asimilación o destrucción de las culturas propias de estas comunidades. Invocó, además, el artículo 15 del Comentario general del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en el que se pone énfasis en la fuerte dimensión comunal de la vida cultural de los pueblos indígenas, indispensable para su existencia, bienestar y pleno desarrollo y que incluye el derecho a las tierras, territorios y recursos que tradicionalmente han poseído, ocupado o de otra manera utilizado o adquirido.

Como ya se dijo antes, los Ogiek han habitado en el Mau Forest que es su fuente de vida material y espiritual y no es achacable a ellos la metamorfosis que el bosque ha sufrido por otras razones bien distintas de las que esta comunidad hubiere podido realizar, achacables precisamente al demandado y evoca aquí, el caso *Sawhoyamaya contra Paraguay*, que constituye una de las pocas reseñas a la jurisprudencia de la otra Corte regional. La Corte estimó la violación del primero y segundo de los artículos de la *Carta*: el Gobierno keniano no reconoció, ni tomó las medidas legislativas o de otro tipo para asegurar el ejercicio de los derechos a que está obligado bajo la *Carta* como miembro de la OUA y a los que tiene derecho todo individuo.

Positivamente, la sentencia Ogiek lleva de por sí un doble sello de éxito, primero por haber sido la primera sentencia que la Corte africana y de los Pueblos pronunció sobre los derechos de pueblos y comunidades indígenas en África, continente en el que la cuestión indígena es muy compleja como hemos intentado dejar patente en la primera parte de este trabajo, y segundo, porque con ella, finalmente los Ogiek ganaron la batalla que desde más de un siglo atrás ya venían librando a fin de ver reconocidos sus derechos.

De una forma más crítica, por lo que respecta a los diversos pronunciamientos de la Corte sobre los diferentes derechos invocados como vulnerados por la Comisión africana en nombre de la Comunidad Ogiek, realmente no representa, en general, un aporte significativo respecto de la doctrina que ya se ha habido vertido en el continente africano en el asunto Endorois o Nubian o en el americano con la jurisprudencia emanada de la Corte IDH.

Como aspectos que no podemos dejar sin poner de relieve, destaquemos que la Corte no dudó en resaltar ese rasgo que considera único en la *Carta africana de Derechos Humanos y de los Pueblos*: el que este texto mencione la palabra «pueblos», a diferencia del resto de textos regionales de protección de los Derechos Humanos.

Lo anterior, habiendo insistido en la idea de que los pueblos indígenas constituyen parte del elemento población, necesario para la existencia del Estado y con la afirmación, que nos permitimos reiterar aquí, de que ello no confiere un derecho a la secesión.

Debe igualmente destacarse la elaborada interpretación técnico-legal, del derecho a la propiedad de las tierras ancestrales que ya venían ocupando los pueblos y comunidades indígenas y que la *Carta* reconoce en el artículo 14, en tanto no se circunscribe al concepto de propiedad que en su sentido «tradicional» que comprende el *usus*, el *fructus* y el *abusus*: *ius utendi*(usus), *ius fruendi*(fructus) e *ius abutendi* (*abusus*): uso, disfrute de sus frutos y el derecho a disponer basado en la potestad de modificar, vender o destruir el objeto o cosa determinada, de los cuales resalta los dos primeros, pues quiere llevarnos a la idea de que tal derecho no es absoluto, sino limitado, eso sí, con las garantías debidas a fin de no incurrir en abuso-arbitrariedad, por lo que en realidad nos conduce a la misma idea que ya nos había ofrecido la Corte Interamericana y que hemos señalado arriba, pero sin la precisión de ésta respecto a tales límites y condiciones que debe cumplir la medida que limita el derecho que les corresponde respecto a las tierras que viene, digamos ahora, ocupando desde tiempos inmemoriales: a) estar previamente establecida por ley; b) ser necesaria; c) proporcional y d) tener el fin de lograr un objetivo legítimo en una sociedad democrática, criterios establecidos ampliamente por la jurisprudencia y que desde luego, implican que no cause una denegación de su subsistencia como pueblo tribal.

Advertimos un escasísimo diálogo judicial mantenido con la Corte Interamericana, como hemos dejado señalado.

En cualquier caso, como hemos dicho, la sentencia es histórica y como tal se recordará, porque reconoció el papel fundamental de los Ogiek, como guardianes del ecosistema conservando y protegiendo la tierra y sus recursos naturales, incluyendo, su ancestral, el Mau Forest.

Al igual que en el caso anterior, los problemas no acaban con sentencias reconociendo las pretensiones de los demandantes. En el asunto de los Ogiek se dictó una segunda sentencia relativa a reparaciones.⁴⁴²

⁴⁴² *The Matter of African Commission on Human and Peoples' Rights vs. Republic of Kenya*. Application n.º 006/2012. Judgment (Reparations) 23 June 2022. Véase Iglesias Vázquez, M. A. (2022). «La Corte africana de Derechos Humanos y de los Pueblos y su primera sentencia sobre

4.3.2. La sentencia sobre Reparaciones en el Caso Ogiek, de 23 de junio de 2022

If the Court finds that there has been a violation of a human or peoples' right, it shall make appropriate orders to remedy the violation, including the payment of fair compensation or reparation.⁴⁴³

Que la comisión de un acto ilícito genera responsabilidad es un principio general reconocido en los derechos internos y en el derecho internacional. Esta responsabilidad conduce al deber de reparar en justicia el daño causado, a la vez que puede tener un efecto disuasorio, debiendo ser proporcionada, «adecuada, efectiva y rápida».⁴⁴⁴

En el ámbito del derecho internacional, si bien ya se había estatuido el deber de reparar el daño causado por la comisión del ilícito desde la sentencia *Chorzow*⁴⁴⁵, sin embargo, en el ámbito de los derechos humanos, fue con la sentencia *Diallo* del Tribunal Internacional de Justicia cuando, por vez primera, nos encontramos con un pronunciamiento que declaró

Reparaciones en el caso Ogiek 006/2012: ¿luz para los pueblos indígenas en África?». *Anuario de Derecho Internacional ILA España 2022*, en el que hemos basado este epígrafe.

⁴⁴³ Protocol to the African Charter on Human and Peoples' Rights on the Establishment of an African Court on Human and Peoples' Rights. June 10, 1998, into force January 25, 2004: «El artículo 63.1 de la Convención americana establece que cuando decida que hubo violación de un derecho o libertad protegidos en esta Convención, la Corte dispondrá que se garantice al lesionado en el goce de su derecho o libertad conculcados. Dispondrá, asimismo, si ello fuera procedente, que se reparen las consecuencias de la medida o situación que ha configurado la vulneración de esos derechos y el pago de una justa indemnización a la parte lesionada».

⁴⁴⁴ Entre otros, este principio se halla contenido en los UN Basic Principles, de 2005, artículo 11 b) y principio 15, o en el caso ICC-01/04-01/06-3129-Anx A. 03 March 2015. Appeals Chamber. Decision. Case: *The Prosecutor vs. Thomas Lubanga Dyilo Situation* (p. 10 parágrafo 44), que se mencionan a efectos de seguir el pensamiento de la Corte.

⁴⁴⁵ En la p. 47 del caso Chorzów, podemos leer «Le principe essentiel, qui découle de la notion même d'acte illicite et qui semble se dégager de la pratique internationale, notamment de la jurisprudence des tribunaux arbitraux, est que la réparation doit, autant que possible, effacer toutes les conséquences de l'acte illicite et rétablir l'état qui aurait vraisemblablement existé si ledit acte n'avait pas été commis. Restitution en nature, ou, si elle n'est pas possible, paiement d'une somme correspondant à la valeur qu'aurait la restitution en nature; allocation, s'il y a lieu, de dommages-intérêts pour les pertes subies et qui ne seraient pas couvertes par la restitution en nature ou le paiement qui en prend la place; tels sont les principes desquels doit s'inspirer la détermination du montant de l'indemnité due à cause d'un fait contraire au droit international». CPJI. Série A n° 17, 13 septembre 1928. Affaire relative à l'usine de Chorzów (demande en indemnité, fond). Posteriormente, la Corte Internacional de Justicia, en el caso Reparación por daños sufridos al servicio de las Naciones Unidas, Opinión consultiva de 11 de abril de 1949, párr. 184, volvió a confirmarlo.

la responsabilidad y el deber de reparación. Merece la pena recordar el pensamiento del juez Cançado por cuanto recuerda ten posteriores escritos⁴⁴⁶ que el deber de reparar hunde sus raíces en los orígenes del derecho de las naciones, en la obra de Francisco de Vitoria, «Franciscus de Vitoria formuló una proposición a fin de que «el enemigo que ha causado el daño esté obligado a dar toda la reparación». Hay un deber, incluso en medio de hostilidades armadas, a restituir las pérdidas y brindar la reparación por «todos los daños». Brown, en su obra de 1934, había afirmado que la reparación de daños debía darse en las disputas entre los Estados, entre grupos o entre individuos, es decir, en todas las disputas. Él entendía la comunidad internacional de Estados (emergentes) como «coextensiva con la humanidad»; tal reparación correspondía a «una necesidad internacional».

Hemos comentado que los Artículos sobre la Responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos (ARSIWA) carecen de valor vinculante y que no puede desconocerse que no vienen sino a ser reflejo de la práctica de los tribunales. Se ha demostrado su utilidad, diríamos, e impacto; en palabras de Maurizio Arcari⁴⁴⁷, «has been widely used in international case-law» y, siguiendo ahora a Pavel Šturma, creemos, desde luego, que los artículos «enjoy a high level of authority as an expression of customary international law in the field. The number of decisions of international courts, tribunals, and other bodies thus proves the relevance of these Articles»,⁴⁴⁸ reforzando esta idea con un pie de página (nota 3) en la que señala que «Up to 31 January 2013, there had been 210 decisions of international courts, tribunals, and other bodies referring to the ARSIWA». En estos artículos se recoge el deber de cesación y no repetición y el de la reparación⁴⁴⁹ que «comprende todo daño, tanto material como moral»,⁴⁵⁰ siendo la *restitutio in integrum* (siempre que fuere materialmente posible) la natural primera forma, de manera que, en caso contrario, constituyen formas de reparación

⁴⁴⁶ Cançado Trindade, A.A. (2013). «El deber del Estado de proveer reparación por daños a los derechos inherentes a la persona humana: génesis, evolución, estado actual y perspectivas». JA 2013-I, fascículo n.º 10.

⁴⁴⁷ Arcari, M. (2022). «The future of the Articles on State Responsibility: A matter of form or of substance? » *QIL, Zoom-in* 93 3-21, p. 10.

⁴⁴⁸ Šturma, P. (2020). «State Responsibility and the European Convention on Human Rights», publicado en <https://rm.coe.int/the-issues-of-state-responsibility-before-the-ecthr/1680a05736>).

⁴⁴⁹ *Id.*, artículo 31º.

⁴⁵⁰ *Id.*, artículo 31.2º.

del perjuicio la restitución, la indemnización y la satisfacción, ya sea de manera única o combinada.⁴⁵¹

No parece, sin embargo, que los ARSIWA hayan sido la guía tomada por la CAfDHP en la cuestión relativa a las reparaciones, sino el documento *United Nations (UN) Basic Principles and Guidelines on the Right to a Remedy and Reparation for Victims of Gross Violations of International Human Rights and Serious Violations*.⁴⁵²

La Corte confirmó que «ya ha sostenido que abarca todas las formas de reparación reconocidas en el derecho internacional, a saber, la restitución, la indemnización, la rehabilitación, la satisfacción y las garantías de no repetición» y que,

Las formas específicas variarán según el tipo de violación cometida y el daño causado, y que en todos los casos, sin embargo, las reparaciones deben ser adecuadas, efectivas e integrales; ser proporcionales a la gravedad de las violaciones y del daño sufrido; y abordar todos los tipos de daños sufridos por la víctima...⁴⁵³

El marco normativo sobre reparaciones en el sistema africano según el documento de la CAfDHP⁴⁵⁴ viene constituido, pues, por el mencionado *UN Basic Principles*, pero también, por la *Carta africana de Derechos Humanos y de los Pueblos*, por el protocolo sobre el establecimiento de la de la Corte africana de Derechos Humanos y de los Pueblos (protocolo de la Corte), por el protocolo sobre los Derechos de la Mujer en África (*protocolo de Maputo*) y por la *Carta africana sobre los Derechos y el Bienestar del Niño*. Otro documento de extraordinaria importancia es la «Observación General n° 4»: el derecho a la reparación de las víctimas de la tortura y otras penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes, aprobado en la Conferencia de Banjul, celebrada en los meses de febrero y marzo de 2017.⁴⁵⁵ Este documento contiene disposiciones de los Principios Básicos de la ONU, aunque el documento de la Unión africana (UA) se elaboró para abordar el derecho

⁴⁵¹ *Id.*, artículo 34°.

⁴⁵² CAfDHP, 2019, p. VII.

⁴⁵³ CAfDHP, 2022, p. 2.

⁴⁵⁴ CAfDHP, 2019, p. VII.

⁴⁵⁵ CAfDHP, *General Comment n. ° 4 on the African Charter on Human and Peoples' Rights: The Right to Redress for Victims of Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Punishment or Treatment (Article 5)*. Adopted at the 21st Extra-Ordinary Session of the African Commission on Human and Peoples' Rights, held from 23 February to 4 March 2017 in Banjul, The Gambia.

a la reparación por actos de tortura y malos tratos, más específicamente y establece detalladamente los principios sobre el derecho a la reparación en el contexto africano, detallando cuestiones como la de la definición de víctima, la naturaleza y el alcance del derecho, las «cinco formas de reparación» (sic), las reparaciones colectivas y los principios aplicables en el contexto de los conflictos armados y la justicia transicional.⁴⁵⁶

Desde la sentencia recaída en el asunto *App. 011/2011 - Rev. Christopher Mtikila vs. United Republic of Tanzania*⁴⁵⁷, la Corte, retomando anteriores Comunicaciones de la Comisión africana, reconoce el deber del Estado de tomar medidas tendentes a asegurar que las víctimas de violaciones de derechos humanos tengan remedios efectivos, incluyendo la restitución y la compensación (*Consolidated Communications 279/03 y 296/05 Sudan Human Rights Organization and Centre on Housing Rights and Evictions (COHRE) v Sudan Twenty Eight Activity Report: November 2009-May 2010 parágrafo 229d*).⁴⁵⁸ Ello evocando en esta sentencia, tanto el asunto Chorzow como la jurisprudencia de la Corte IDH⁴⁵⁹. Yes que «rights guaranteed by the African Charter would be an empty proclamation if it was not backed by the guarantee of a right to restitution or compensation in the event of violation»,⁴⁶⁰ a lo que añadimos o recordamos, que estas reparaciones deben ser establecidas lo más rápidamente posible: en el caso que nos ocupa han transcurrido cinco años para su determinación.

4.3.2.1. La sentencia de 23 de junio de 2022

Con el fallo de la CAfDHP de 2017 los Ogiek ganaban una larga batalla judicial sobre los derechos humanos vulnerados como pueblos indígenas (y como personas), pero no será hasta junio de 2022, cuando la Corte determinó el concreto resultado de las reparaciones solicitadas en sentencia.⁴⁶¹ Tengamos en cuenta que en marzo de 2013 la Corte ya había determinado en favor de los Ogiek, medidas provisionales urgentes por las que el Estado debería abstenerse de cualquier acción que conlleve restricciones al goce

⁴⁵⁶ *Id.*, p. VIII.

⁴⁵⁷ *Id.*, *Ruling on reparations*.

⁴⁵⁸ *Id.*, p. 29.

⁴⁵⁹ *Id.*, p. 23 y nota a pie de página 6.

⁴⁶⁰ *Id.*, p. 1.

⁴⁶¹ CAfDHP, *Commission on Human and Peoples' Rights vs. Republic of Kenya*. Application 006/2012. Judgement on Reparations. 23 June 2022. (en adelante, CAfDHP, 2022).

de las tierras del Mau Forest y de las que debía dar cuenta en un plazo de 15 días. Obviamente, no se procedió conforme lo indicado. «Wrongful acts generating the international responsibility of the Respondent State» recuerda la Corte.⁴⁶² Partiendo de este principio de derecho internacional de que todo acto ilícito internacional genera responsabilidad, la CAfDHP no sólo tuvo en cuenta el perjuicio material sino el moral, sufrido y alegado por los demandantes. Además, la forma de reparación establecida no sólo fue la mera compensación determinando el pago de determinadas cantidades, por lo que se ha de considerar positivamente el que la Corte haya ido más allá de lo que hubiera podido dictaminar concretando otras medidas a llevar a cabo por el Estado, no menos importantes. Y aunque la jurisprudencia internacional establece que la sentencia es *per se* una forma de reparación, dado el pronunciamiento de 2017 no podría sino esperarse lo que ya se dejó, de alguna manera, anticipado.

No faltaron argumentos al Estado keniano, en esta etapa de determinación de reparaciones, a efectos de evitarlas o reducirlas materialmente, alegando la temporalidad o el periodo a partir del cual podrían entenderse incluidas hipotéticas violaciones de los derechos de este pueblo,⁴⁶³ el arreglo amistoso o la falta de legitimación de los representantes de los Ogiek, objeciones que fueron desestimadas en su totalidad por la Corte. En las peticiones de los Ogiek se incluyeron daños materiales y morales. Respecto a los primeros, una compensación pecuniaria proporcional que cubriera «all damage suffered as a result of the violations of their right to development and the loss of their property and natural resources». En este punto, la Corte hizo notar que el Informe presentado como prueba de los daños «was marred by limitations», por lo que a efectos de determinar el daño tuvo en cuenta las alegaciones presentadas, los testimonios de los *amici curiae* e *independent experts*, determinando finalmente la cantidad de 57.850. 000 millones de chelines kenianos (KES), es decir, algo más de 482.000 euros. Respecto a los daños morales, en la arriba indicada, la Corte señaló que el derecho internacional incluye:

⁴⁶² CAfDHP, 2022, p. 3.

⁴⁶³ El Tribunal consideró, por tanto, que no había nada que le impidiera considerar los hechos anteriores al 10 de febrero de 1992 para determinar las reparaciones debidas a los Ogiek.

Damages for the suffering and afflictions caused to the direct victims, the emotional distress of the family members and non-material changes in the living conditions of the victim, if alive, and the family.⁴⁶⁴

Los Ogiek reclamaron compensación moral por las violaciones del principio de no discriminación (*non-recognition of their tribal or ethnic identity and their corresponding rights*), de la libertad religiosa, del derecho a la cultura y del derecho al desarrollo, mencionando un principio fundamental como es el de la consulta previa y el consentimiento en las actividades llevadas a cabo en su territorio. Y como compensación no material a estos daños, el reconocimiento de los Ogiek como pueblo indígena, la solicitud de una disculpa pública, la petición de erección de un monumento público, la petición de una orden de consulta y diálogo efectivos sobre los asuntos que afectan a los Ogiek y la petición de garantías de no repetición. Con la dificultad que entraña determinar un montante por este tipo de daños, la Corte estima la justa compensación en 100.000.000 KES. (unos 834.000 euros) que incluye las peticiones de los Ogiek mencionadas, excepto la relativa al perdón público⁴⁶⁵ y a la erección del monumento.

Hasta la sentencia sobre reparaciones, la CAfDHP no había tenido la posibilidad de materializar el artículo 27º, al representar (como ya hemos dicho) el primer pronunciamiento sobre esta cuestión, derivado de vulneraciones a los derechos de pueblos indígenas, lo que su homóloga, la Corte Interamericana, había procedido a establecer desde el primero de los asuntos, el *Caso Mayagna (sumo) Awas Tingni* de 2001.⁴⁶⁶ La CAfDHP tenía, pues, ante un suceso semejante, un antecedente en el que inspirarse a efectos de estatuir las reparaciones debidas, pero que, sin embargo, no menciona; algo que nos llama la atención por mucho que debamos partir de la idea de que estamos ante realidades económico-sociales (y políticas) distintas en ambas regiones.

Con las afirmaciones realizadas anteriormente no pretendemos sino poner de manifiesto la falta de diálogo que se echa de menos en la sentencia de

⁴⁶⁴ CAfDHP, 2022. p. 5.

⁴⁶⁵ Ordenado como medida de satisfacción por la Corte IDH en el caso *Yakye Axa de la Corte IDH*.

⁴⁶⁶ Desde luego, no siempre la Corte IDH ha procedido a materializar estas mediante la compensación pecuniaria, sino que en otras ocasiones ha determinado que la sentencia misma es la forma de reparación (los tipos de reparaciones, ya hemos dicho, son variados y no hay cuerpo vinculante alguno que nos guíe en la cuestión).

Reparaciones y que serviría, en nuestra opinión, para reforzar los derechos de los pueblos y comunidades indígenas en general, por más que estemos de acuerdo en afirmar que sus situaciones en el mundo sean distintas, pero se colocan bajo un mismo marco normativo internacional que incluye el deber de reparar las vulneraciones a sus derechos, habiten donde habiten.

A pesar de que en la sentencia de 2017 la Corte ya se había pronunciado favorablemente a los Ogiek en sus pretensiones, la presente puso de manifiesto la total inacción del Estado en aras a dar cumplimiento a la misma, de manera que más que ir estimando el daño moral de cada derecho estimado violado, la Corte fue reiterando los argumentos de la primera sentencia, eso sí, marcando un plazo de tiempo para que el Estado procediera a la delimitación de las tierras (doce meses) y el establecimiento de un fondo, en otros doce meses, a ser destinado a educación, salud, sustento, seguridad, manejo del recurso de las tierras y cualquier otra causa que sirva al bienestar de este pueblo. Finalmente, el mismo plazo, de un año, para presentar un informe sobre la implementación de estas medidas (reparaciones materiales y morales) de manera que realmente, en general, la sentencia no ofrece más argumentos o razonamientos de los ya efectuados en la sentencia de 2017. De fallo histórico se calificó la sentencia de 2022. El relator especial sobre los derechos de los pueblos indígenas, Francisco Calí afirmó:

Aplauzo este fallo sin precedentes relativo a las reparaciones y reconozco que la decisión del tribunal envía una señal enérgica en lo tocante a la protección de los derechos a la tierra y la cultura de los Ogiek en Kenia, y de todos los pueblos indígenas de África y del mundo entero.⁴⁶⁷

Sin embargo, ya hemos señalado el incumplimiento de las medidas urgentes provisionales ordenadas en 2013 por la Corte.⁴⁶⁸ Finalmente, en 2017 se había determinado: a) el deber del reconocimiento como pueblos a los Ogiek⁴⁶⁹, b) la vulneración del derecho a la libertad religiosa, el derecho a practicar sus derechos culturales, a disponer de sus recursos naturales vitales en tanto el derecho al goce de sus tierras estaba afectado por la ex-

⁴⁶⁷ Naciones Unidas. Oficina del Alto Comisionado. OHCHR online, Calí, F. 2022. <https://www.ohchr.org/es/press-releases/2022/07/kenya-un-expert-hails-historic-ruling-awarding-reparations-Ogiek-indigenous>

⁴⁶⁸ Efectivamente, consta en la Kenya Gazette cómo en el tiempo que dista desde la presentación hasta la decisión, se produjeron adjudicaciones de tierras de los Ogiek siguiendo el *Tenet plan*.

⁴⁶⁹ CAfDHP, 2017, p. 146.

pulsión de sus tierras, la denegación de acceso a las mismas y otorgamiento de concesiones a terceros de sus tierras ancestrales sin su consentimiento previo o reparto de beneficios, amén de la falta de reconocimiento como comunidad.⁴⁷⁰ Quedaba pues la determinación de una compensación moral y material ya solicitada por los Ogiek que tanto se ha demorado. Y no sólo habríamos de tener en cuenta los diez años que este asunto 006/2012 ha llevado, sino los precedentes: en definitiva, lo que es un «neverending story».

A ello, habremos de añadir dificultades de orden práctico, pues parte de la tierra ancestral de los Ogiek ha sido transferida a terceros, actores privados, en diferentes formas, con lo que el camino de vuelta a la colectividad se complica. No tardaron en presentarse solicitudes de intervención por parte de quienes se habían visto afectados negativamente por la sentencia de 2017, alegando que los Ogiek demandantes confundieron al tribunal y obtuvieron la sentencia de 27 de mayo de 2017 mediante fraude y ocultación de hechos materiales. Presentada dos años después del fallo, la CAfDHP no admitió su pretensión.⁴⁷¹

Finalmente, y no menos importante, es reparar en el sistema establecido para la ejecución de las sentencias de la Corte y previsto en el artículo 30 del Protocolo y del artículo 80 del Reglamento interior.⁴⁷² Elisabeth Lambert-Abdelgawad, citada por Benjamin Kagina, sostiene que «on considérait en effet que l'exécution spontanée et de bonne foi devait être le corollaire de la reconnaissance de la compétence de la Cour».⁴⁷³

Más allá, añadimos, esto trae causa de la redacción del artículo 64° del Reglamento interior de la Corte que establece un modelo más político que jurídico al confiar aquella al Consejo ejecutivo y a la Conferencia (de Jefes de Estado y de Gobierno),⁴⁷⁴ que no son sino órganos, políticos, de la Unión

⁴⁷⁰ CAfDHP, 2017, p. 169, 190, 201, 211.

⁴⁷¹ CAfDHP, Order (Intervention) 4 de julio de 2019 in the applications for intervention by Wilson Barngetuny Koimet and 119 others in the matter of African Commission on Human and Peoples' Rights v Republic of Kenya, application 006/2012.

⁴⁷² « Conformément à l'article 30 du Protocole, les États parties se conforment pleinement aux décisions de la Cour et en assurent l'exécution dans les délais fixés par la Cour ».

⁴⁷³ «Se consideró que el cumplimiento espontáneo de buena fe debía ser el corolario del reconocimiento de la competencia del Tribunal». Kagina, B. (2021). « Le mécanisme de suivi des décisions de la Cour africaine des droits de l'homme et des peuples: entre tâtonnement et nécessité de s'affirmer », *Cahiers de la recherche sur les droits fondamentaux*, 19, 127-135.

⁴⁷⁴ El Reglamento interior de la Corte se modificó en 2020 suprimiendo «en nombre de la Conferencia». En la redacción anterior se decía «L'arrêt est également notifié au Conseil exécutif qui veille à son exécution au nom de la Conférence».

africana. A pesar del avance que puede suponer la modificación reciente del Reglamento interior aún es pronto para valorar si la Corte se encamina hacia un modelo más judicial que político en lo que concierne a esta cuestión del cumplimiento pleno de las sentencias⁴⁷⁵ «Il continue toutefois de soulever une série de questions liées à la procédure d'exécution forcée devant soit le Conseil exécutif soit la Conférence», afirma Benjamin Kagina.⁴⁷⁶

Cuadro 5. Casos. Instancias. Textos legales invocados. Decisión

EUROPA

Caso	Instancia	Textos y artículos invocados	Decisión
Ivan Kitok contra Suecia	Comité de Derechos Humanos (Pacto de Derechos Civiles y Políticos)	Artículos 1 y 27 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP)	No existe vulneración
O. Sara <i>et al.</i> vs. Finlandia	Comité de Derechos Humanos (Pacto de Derechos Civiles y Políticos)	Artículo 27 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos Se alude al Convenio 169 de la OIT.	Se declara inadmisibles (falta de agotamiento de recursos internos).
Ilmari Länsman y otros c. Finlandia	Comité de Derechos Humanos (Pacto de Derechos Civiles y Políticos)	Artículo 27 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos. Se invoca el Convenio 169 de la OIT	
Länsman y otros contra Finlandia	Comité de Derechos Humanos (Pacto de Derechos Civiles y Políticos)	Artículo 27 del Pacto. Se invoca el Convenio 169, el comentario general del Comité N° 23 [50] sobre el artículo 27 y el proyecto de Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas.	No hay vulneración del artículo 27

⁴⁷⁵ Al respecto, véase Kouladoumadji, Ch. (2021). *La execution des decisions de la Cour Africaine des droits de l'homme et des Peuples par les États*. Université de Yaoundé.

⁴⁷⁶ «Sin embargo, sigue planteando una serie de cuestiones relacionadas con el procedimiento de ejecución forzosa ante el Consejo Ejecutivo o la Conferencia». Kagina, 2021., p. 14.

Caso	Instancia	Textos y artículos invocados	Decisión
Anni Äärelä and Jouni Näkkäläjärvi v Finland	Comité de Derechos Humanos (Pacto de Derechos Civiles y Políticos)	Artículo 27 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos, artículo 14 y Observación general n° 23 (50) del Comité de Derechos Humanos.	No hay violación del artículo 27 del Pacto. Violación del párrafo 1 del artículo 14 del Pacto, considerado junto con el artículo 2° del Pacto.
Caso Alta, G. y E contra Noruega	Comisión Europea de Derechos Humanos	Artículos 1, 8, 10 y 11 de Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales y el artículo 1° de su Primer Protocolo	No hay violación
Könkäma and 38 other Saami villages vs. Sweden	Comisión Europea de Derechos Humanos	Artículo 1 del Protocolo 1 y artículo 14 del mismo y artículo 6	No hay violación
Johtti Sappmelaccatry y otros contra Finlandia	Tribunal Europeo de Derechos Humanos	Artículo 27, comentario general del Comité sobre el artículo 27	No hay violación
Handölsdalen Saami Village and others vs. Sweden	Tribunal Europeo de Derechos Humanos	Artículos 6, 13, 1 del Protocolo, artículos 1 y 27 del Pacto Derechos Civiles y Políticos.	No hay violación
P Inuit Tapiriit Kanatami y otros (entre ellos, el Inuit Circumpolar Council Greenland (ICC-Greenland) contra Comisión Europea y otros	Tribunal de Justicia de la Unión Europea	Reglamento n° 1007/2009 y 737/2010.	No se estima su petición

AMÉRICA

Caso	Instancia	Textos internacionales y regionales: artículos invocados	Decisión
Caso de la tribu de los Aché	Comisión Interamericana de Derechos Humanos	Artículos 1, 6, 11, 14, 15 de la Convención americana de Derechos Humanos	No hay vulneración
Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua	Corte Interamericana de Derechos Humanos	Artículos 1 (Obligación de respetar los derechos.) 2 (Deber de adoptar disposiciones de derecho interno), 11 (Derecho a la honra y dignidad) 12 (Libertad de conciencia y de religión), 16 (Derecho a la Libertad de Asociación), 21 (Derecho a la propiedad privada), 22 (Derecho de circulación y de residencia) 23 (Derechos políticos) y 25 (Protección Judicial) de la Convención americana de Derechos Humanos.	Estima vulneración
Comunidad indígena Yakye Axa contra Paraguay	Corte Interamericana de Derechos Humanos	Artículo 1, 2, 4 (Derecho a la vida), Artículo 5 (Derecho a la Integridad Personal), Artículo 7 (Derecho a la libertad personal), Artículo 8 (Garantías Judiciales) 19 (Derechos de los niños), 21 y 25, de la Convención americana de Derechos Humanos.	Estima vulneración
Samoyamaya vs. Paraguay	Corte Interamericana de Derechos Humanos	Artículos 1, 2, 3, 4, 8, 19, 21 y 25 de la Convención americana de Derechos Humanos. Menciona el Convenio 169 de la OIT.	Estima vulneración

Caso	Instancia	Textos internacionales y regionales: artículos invocados	Decisión
Saramaka y Moiwana vs Surinam	Corte Interamericana de Derechos Humanos	Artículos 1 y 27 del PIDCP y artículos 1, 5, 8, 21, 22 y 25 de la Convención americana de Derechos Humanos. Se invocan el Convenio 169 de la OIT, la Declaración de Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, el Pacto de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Convención de Naciones Unidas para la Eliminación de la Discriminación Racial.	Estima vulneración
Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku contra Ecuador	Corte Interamericana de Derechos Humanos	Artículos 1, 4, 5, 7, 8, 13, 21, 22, 23, 25 y 26 de la Convención americana de Derechos Humanos. Se invoca la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, la Convención para la Salvaguardia del Patrimonio Cultural Inmaterial, el Convenio 169 de la OIT, la Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo, la Declaración Universal de la UNESCO sobre la Diversidad Cultural	Estima vulneración
Nuestra Tierra vs Argentina	Corte Interamericana de Derechos Humanos	Artículos 1, 21, 8, 25, 2; 21, 23, 26.	Estima vulneración

África

Caso	Instancia	Textos internacionales y regionales: artículos invocados	Decisión
Centre for Minority Rights Development (Kenya) and Minority Rights Group (on behalf of Endorois Welfare Council) / Kenya (asunto Endorois)	Comisión	Artículos 8, 14, 17 (derecho a la educación), 21, y 22 de la Carta africana de Derechos Humanos y de los Pueblos	Estima violación de la Carta
The Social and Economic Rights Action Center and the Center for Economic and Social Rights / Nigeria (asunto Ogoni)	Comisión	Artículos 2, 4, 14, 16, 18(1), 21 y 24 de la Carta africana de Derechos Humanos y de los Pueblos	
The Nubian Community in Kenya vs The Republic of Kenya (asunto Nubian)	Comisión	Artículos 1, 2, 3, 5, 6, 12, 13, 14, 15, 17, 18, 19, 22 y 24 de la Carta africana de Derechos Humanos y de los Pueblos.	
CEMIRIDE, Minority Rights Group International & Ogiek Peoples Development Programme (on behalf of the Ogiek Community) v Republic of Kenya (asunto Ogiek)	Corte	Artículos 1, 2, 4, 8, 14, 17, 21 y 22 de la Carta africana de Derechos Humanos y de los Pueblos	

Capítulo tercero: Cuestiones actuales

En este capítulo se incluyen dos trabajos que versan sobre cuestiones actuales, como la del persistente uso de las tierras de los pueblos y comunidades indígenas y la del fuero y la jurisdicción especial indígena.

Parece oportuno tratar estos temas. El primero porque, pese a todo lo que el lector habrá podido observar, el recurso a los Tribunales Regionales, en general, puede calificarse de exitoso en cuanto a las decisiones judiciales ante las Cortes americana y africana. Queda aún el problema de la implementación cabal de estas; así como el del recurrente uso de unas tierras que les pertenecen por parte del Estado en el que viven, con fines económicos; o también el de acciones llevadas a cabo por empresas extranjeras. Como comprobaremos, en ocasiones se ven compelidos a tener que abandonar su territorio, quedando afectadas sus vidas. Existe una enorme cantidad de literatura que pone de manifiesto que, a pesar de los *dicta* de las Cortes, el acaparamiento de tierras de estos pueblos y comunidades sigue estando al orden del día. Hasta qué punto esta vulneración de los Derechos Humanos puede constituir crímenes internacionales, es una cuestión que considerar.

Por otra parte, el hábitat natural en que habitan es tan rico en recursos naturales como necesitado de protección. Hoy se habla de los pueblos indígenas como guardianes del medio, como hizo, por ejemplo, la Corte africana de Derechos Humanos y de los Pueblos en el asunto *Ogiek*. El Derecho Internacional del medio ambiente ha pasado a considerarlos como sujetos activos en la protección del medio, y no meramente pasivo. Su especial cosmovisión ha sido y es fundamental en este aspecto. Nos basaremos en trabajos publicados en prestigiosas revistas.

Hemos querido volver a traer la cuestión de la aplicación en la vida diaria de los pueblos y comunidades indígenas de los derechos reconocidos por el Derecho Internacional regional y nacional, y de su especial forma de solucionar posibles contiendas entre ellos y entre quienes carecen de la condición de indígenas. Sin duda, existen otros muchos temas a tratar

relacionados con los pueblos indígenas. La literatura sobre los problemas pasados, presentes y potenciales es muy voluminosa en cuanto a temas y en cuanto a autores. Con este tercer y último capítulo, simplemente, hemos querido traer algunos de ellos.

1. El uso (y abuso) de las tierras ancestrales de los pueblos indígenas por razones económicas: entre la vulneración de derechos humanos y los crímenes internacionales

1.1. Aproximación

La expresión «graves violaciones de Derechos Humanos» aparece frecuentemente conectada con la de «crímenes internacionales», tanto en la doctrina como en la jurisprudencia.⁴⁷⁷ Una misma acción puede ser calificada de vulneración de Derechos Humanos o de crimen. Este vínculo no tiene una fácil delimitación en la práctica, por más que existan textos de protección de unos y de prevención y sanción de otros y que, para su garantía, se hayan conformado tribunales de Derechos Humanos y Cortes Penales Internacionales con un campo competencial bien delimitado. Al presuponer la gravedad en la vulneración, un estadio o parámetro de medida, se hace necesario el ponderar cuándo se alcanza ese determinado grado que permita una u otra calificación, amén del cumplimiento de los requisitos necesarios considerados en el Estatuto de Roma.

En el marco de los procesos internacionales nos encontramos con situaciones en que instancias de protección de Derechos Humanos reconocen que ha existido una considerable transgresión, ante la cual no hallan la competencia necesaria para ir más allá de la constatación de tal vulneración (lo que tampoco hace que los segundos reconozcan su acto como crimen). La Corte IDH se ha encontrado este escenario en varios asuntos, como en el *Caso Almonacid Arellano y otros vs Chile*, de 2006;⁴⁷⁸ o en *Gelman vs Uruguay*,

⁴⁷⁷ Esta sección es una reproducción del siguiente texto: Iglesias Vázquez, M.A. (2022) «El uso (y el abuso) de las tierras ancestrales de los pueblos indígenas por razones económicas: entre la vulneración de derechos humanos y los crímenes internacionales», *Cadernos de Dereito Actual*, 91-116.

⁴⁷⁸ «Excepciones Preliminares. Fondo, reparaciones y Costas. Sentencia del 26 de septiembre de 2006» al *Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile*. Corte IDH. Serie C, n.º 154.

de 2011,⁴⁷⁹ relativos a leyes de amnistía que eluden la comisión de crímenes o en el caso *Velásquez Rodríguez vs. Honduras*⁴⁸⁰ y la tortura. En el caso de *Masacres del Río Negro* la Corte IDH sostuvo que:

El Tribunal ha tomado en cuenta que tales violaciones pueden también ser caracterizadas o calificadas como crímenes contra la humanidad a efectos de explicitar de manera clara los alcances de la responsabilidad estatal bajo la Convención en el caso específico y dimensionar las consecuencias jurídicas respectivas, sin que ello implique, de ningún modo, una imputación de un delito a persona natural alguna.

En este doble ámbito de los Derechos Humanos y de los crímenes internacionales pretendemos tratar la cuestión de las consecuencias que las actividades económicas llevadas a cabo por empresas públicas o privadas tienen sobre tierras ancestrales de los pueblos y comunidades indígenas que acaparan sin tener en cuenta el deber de consulta y consentimiento previo, libre e informado proclamado por el Derecho Internacional, con el consiguiente disturbio en el goce de aquellas, cuando no el desplazamiento (forzado) de las mismas y la vulneración de otros Derechos Humanos: vulnerado el derecho a las tierras, con ese uso y abuso, otros derechos van viéndose afectados en una suerte de dominó.⁴⁸¹ Desde luego, habría que resaltar que la cuestión del desplazamiento de las tierras ancestrales se puede producir por otras causas, como las derivadas de conflictos políticos o étnico-religiosos internos, dándose situaciones en que ambas quedan combinadas.⁴⁸² En estas líneas nos centramos únicamente en las causas económicas. «As the majority of indigenous land is not formally recognized, governments, businesses and

⁴⁷⁹ «Fondo y Reparaciones. Sentencia de 24 de febrero de 2011» Caso Gelman vs. Uruguay. Corte IDH. Serie C, n.º 221.

⁴⁸⁰ *Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras*. Corte IDH. Véase párrafo 165.

⁴⁸¹ Utilizamos el término «acaparamiento» siguiendo la definición propuesta por Hannah Twomey (2014) quien, ante las diferentes concepciones de esta categoría, alejándose del elemento extensión física o geográfica del escenario en que se produce, lo define como the transfer of use rights or control over land, traditionally used by communities, to foreign investors for commercial purposes –frequently within the agricultural sector. They are often facilitated through partnerships with powerful domestic actors and justified by the investments they stimulate. Este acto implica desplazamiento, por imposibilidad de subsistencia, en el mismo de sus tierras. Twomey, H. (2014). «Displacement and dispossession through land grabbing in Mozambique. The limits of international and National legal instruments». *Working Papers*, n.º 101. Refugee Studies Centre Oxford Department of International Development University of Oxford.

⁴⁸² Así, el cambio climático, mencionado en el Informe de Minority Rights Group International. «No escape from discrimination: minorities, indigenous peoples and the crisis of displacement». «Report. I». Minority Rights Group International (2017), p. 4.

criminal groups are frequently able to seize large swathes of territory with impunity», sostiene Minority Rights Group International,⁴⁸³ a lo que añadimos que, incluso en los casos en que existe un reconocimiento formal, se siguen acometiendo acciones económicas en contra de los derechos reconocidos por el Derecho Internacional a estos pueblos.

La explotación de los recursos naturales de sus tierras, por parte de empresas nacionales o internacionales con el consentimiento de los Gobiernos, es una cuestión que afecta a la persona, individual o colectivamente considerada y que se encuentra también estrechamente relacionada con la destrucción del medio ambiente, lo que veremos, más adelante y en la extensión que este trabajo nos permite. En estas líneas se abordan, en una primera parte, el tratamiento de la afectación de las tierras de los pueblos y comunidades indígenas (acaparamiento y desplazamiento) por actividades de empresas públicas o privadas, en el sistema internacional de los Derechos Humanos, a efectos de comprobar el grado de éxito de las reclamaciones en este nivel, para centrarnos seguidamente en el efectuado en el ámbito de los sistemas regionales en el que, como hemos dejado ya apuntado, se ha puesto de manifiesto el difícil límite entre vulneraciones de Derechos Humanos y comisión de crímenes, lo que nos llevará a tratar el estadio de estas vulneraciones en la Corte Penal Internacional (CPI) a través de las Comunicaciones remitidas a la Fiscalía con la calificación jurídica dada en los diferentes escritos («presunta», al no haber sentencia concreta sobre la cuestión) y a plantear las dificultades con la que tropiezan, especialmente, las comunidades indígenas ante la justicia penal internacional, para finalizar con unas ideas finales a modo de conclusión.

Partimos de la idea descrita: graves vulneraciones de Derechos Humanos pueden constituir crímenes internacionales; siendo complejo deslindar el límite y teniendo ambos aspectos diferentes mecanismos de garantía o protección, comprobaremos que la cuestión del uso y abuso de las tierras ancestrales de las comunidades indígenas parece tener mejor acomodo en el primero de los campos, a nivel regional especialmente, no resultando tenerlo, al menos por el momento, en el segundo de los crímenes internacionales, lo que entendemos que puede derivar tanto de razones internas

⁴⁸³ *Id.*, p. 4.

del sistema de Roma como del propio posicionamiento de las comunidades indígenas respecto a la justicia internacional.⁴⁸⁴

1.2. El acaparamiento de tierras por razones económicas como vulneración de Derechos Humanos

1.2.1. *La cuestión del acaparamiento antes las instancias de las Naciones Unidas*

Señala el documento del Consejo de Derechos Humanos de 21 de abril de 2021 (A/HRC/47/37):

Las repercusiones que tienen sobre la tierra y la vivienda las actividades empresariales y de desarrollo, como los proyectos de inversión a gran escala en tierras, infraestructura, minería y renovación urbana, han dado lugar a desplazamientos y desposesiones equivalentes a desalojos forzosos. Las medidas de conservación también han generado desplazamientos y desalojos forzosos en numerosos países y han afectado especialmente a los derechos territoriales de los pueblos indígenas.

Por más que encontremos documentos y textos internacionales aplicables a la cuestión del uso y abuso de las tierras de las comunidades indígenas por actividades económicas, los mecanismos de garantía de Naciones Unidas no parecen ser la mejor vía para castigar la vulneración de Derechos Humanos que nos ocupa. El Consejo de Derechos Humanos, interpretando los derechos contenidos en los *Pactos* de 1966, en particular el artículo 27º del *Pacto de Derechos Civiles y Políticos*,⁴⁸⁵ ha tenido oportunidad de declarar la vulneración en varias ocasiones. Sin embargo, una evaluación general nos ha demostrado un resultado negativo tal y como vimos en el Capítulo Segundo. El grado de reconocimiento de los derechos colectivos conforme al artículo 27º es defraudante, no resultando extraño el que se recomiende que se acuda preferentemente a instancias regionales en vez de al Consejo

⁴⁸⁴ Por «sistema de Roma» entenderemos el del Estatuto de Roma y la Corte Penal Internacional.

⁴⁸⁵ Dice el artículo 27º el PIDCP: «En los Estados en que existan minorías étnicas, religiosas o lingüísticas, no se negará a las personas que pertenezcan a dichas minorías el derecho que les corresponde, en común con los demás miembros de su grupo, a tener su propia vida cultural, a profesar y practicar su propia religión y a emplear su propio idioma».

de Derechos Humanos, idea que señala MacKay⁴⁸⁶ quien añade que no parece que este haya puesto en marcha la posibilidad de realizar visitas *in loco* a fin de obtener una visión exacta del alcance de las afectaciones, provocadas por intereses económicos ajenos, en sus tierras.

Ello no obsta a que este organismo siga recibiendo solicitudes, como, la de Brasil (BRA 4/2022 de 12 abril 2022), Paraguay (PRY 1/2022 de 23 marzo 2022), Tanzania (TZA 3/2021 de 9 febrero 2022), UNESCO (OTH 262/2021), de la International Union for the Conservation of Nature (OTH 263/2021), del International Council on Monuments and Sites (OTH 264/2021), de Suiza (SWE 2/2022 de 3 febrero 2022),⁴⁸⁷ Estados Unidos (USA 3/2022 de 1 febrero 2022), o, finalmente) la Comunicación de Brasil (BRA 15/2021) del 19 enero 2022. El resultado está por ver y, entre tanto, las vulneraciones persisten.

Una de las razones de esta pobre acogida por parte de estas instancias internacionales puede ser la indicada antes, de la forma en que las distintas comunicaciones han sido presentadas. A diferencia de las elevadas ante órganos regionales de protección de los Derechos Humanos, en las internacionales no ponen de relieve, de forma suficiente, el significado que la tierra tiene para los pueblos y comunidades indígenas. Si bien nos hemos referido antes, al *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos* de 1966, en general cabe utilizar los mecanismos del sistema de Naciones Unidas cuando los derechos vulnerados también están garantizados en otros instrumentos de Derechos Humanos, como casos de discriminación, tortura, desaparición, genocidio o afectación de los derechos de las mujeres, niñas y niños.

Aún se podría poner sobre la mesa de debate el hecho de que siendo el «Convenio 169» de 1989, el gran texto de carácter vinculante e internacional que contiene disposiciones fundamentales como el deber de consulta⁴⁸⁸ y

⁴⁸⁶ Mackay, F. (2001). «Guía sobre Los Derechos de los Pueblos Indígenas y el Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas». *Forest Peoples Programme*, p. 42.

⁴⁸⁷ En esta podemos leer «British company Beowulf Mining and their fully-owned Swedish subsidiary Jokkmokk Iron Mines AB. Concerns have been raised over the failure to consult and seek the free, prior and informed consent of the indigenous community, the impact on their traditional cultural practices and the lack of sufficient documentation and recognition of environmental risks and irreversible damage to the nearby heritage-listed site, Laponia». Documento presentado por Suiza al Consejo Internacional de Derechos Humanos (SWE 2/2022 de 3 febrero 2022).

⁴⁸⁸ «The responsibility to ensure that consultations are carried out in compliance with the provisions of the Convention rests with the government, even when it does not conduct

que en general debe ser implementado en los ordenamientos internos de los países que firmen y ratifiquen el texto, el por qué este apenas ha sido invocado más allá del nivel regional, en instancias internacionales. Cabe abrir la vía del artículo 24° de la *Constitución* de la OIT, pero no podemos obviar que los procedimientos de control no tienen, estrictamente, un carácter jurisdiccional y en los Estados que han ratificado el convenio es poco efectivo el empleo de esta instancia. Así, del recurso al sistema OIT tampoco podemos extraer una vía idónea para las comunidades indígenas. En definitiva, a modo de breve conclusión adelantada: las instancias internacionales de protección de los Derechos Humanos no ofrecen un panorama positivo en cuanto a la atención al problema del uso (y abuso) de sus tierras por actividades económicas. Las razones derivarían tanto de los organismos, que no parecen interpretar la vulneración de los Derechos Humanos de una forma global teniendo en cuenta ese *corpus iuris* internacional; como de las comunidades, que no han argumentado suficientemente la importancia que el elemento tierra tiene en sus vidas, en esa cosmovisión o manera de ver e interpretar el mundo que les rodea.

1.2.2. *El panorama ante las cortes regionales*

En el ámbito regional, la interpretación y aplicación de los derechos contenidos en las Convenciones Interamericana de Derechos Humanos y en la africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, los asuntos resueltos por la Corte IDH o la CAfDHP nos han ilustrado, a diferencia del anteriormente comentado, suficiente esta cuestión.⁴⁸⁹ En el sistema regional africano, en la Comisión africana de Derechos Humanos y de los Pueblos (CADHP) con el asunto Ogoni,⁴⁹⁰ con el caso de los Nubian, y los Endorois y en la Corte africana de Derechos Humanos y de los Pueblos con el asunto Ogiek, hallamos buen ejemplo de ello.

the processes itself» ILO (2013). «Understanding the C. 169» en »*Handbook for ILO Tripartite Constituents*. International Labour Organization, p. 14: Convention n. ° 169 in its article 16, paragraph 2 provides for «free and informed consent» of indigenous and tribal peoples where relocation of these peoples from lands which they occupy is considered necessary as an exceptional measure.

⁴⁸⁹ Existen, como hemos apuntado antes, asuntos ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, que no se han pronunciado de igual forma, si bien ello, teniendo en cuenta las pretensiones originales de los demandantes.

⁴⁹⁰ Se declararon violados los artículos 2°, 4°, 14°, 16°, 18°, 21° y 24° de la *Carta africana*.

Los asuntos han quedado expuestos en su correspondiente epígrafe al que nos remitimos. Ciertamente, ante esta Corte no se han planteado un gran volumen de asuntos, pero hay que tener en cuenta la juventud de esta y la positiva acogida a los planteamientos efectuados por las comunidades indígenas. En última instancia son los Estados quienes han de cumplir los dictados de la Corte que, determinó reparaciones. Sin embargo, hasta la fecha, el Estado no ha cumplido debidamente. Tanto en el ámbito africano como en el americano encontramos hechos semejantes: el acaparamiento (retención o apropiación) de tierras ancestrales por parte de Gobiernos o empresas públicas y privadas, consentido por los Estados para actividades económicas, produciendo la privación y desplazamiento de las comunidades indígenas que las habitaban históricamente. Se observa un progresivo acercamiento a las cuestiones medioambientales desde el mencionado uso y abuso de las tierras ancestrales.

En el ámbito americano, desde el asunto *Awás Tingni*, hasta el más reciente de *Comunidades indígenas miembros de la Asociación Lhaka Honhat (Nuestra Tierra) Vs. Argentina de 2020*⁴⁹¹, la Corte IDH ha entendido la existencia de la vulneración de Derechos Humanos cuando ciertas actividades económicas llevadas a cabo por empresas, sin tener en cuenta su titularidad, con connivencia del Estado, han traído como consecuencia, la afectación del derecho a la propiedad de las tierras ancestrales (lo que afectaba a otros derechos, como el de practicar sus culturas, la vida o la libertad de creencias; generándose un efecto dominó). La vulneración del derecho a sus tierras parece ir reforzándose con la invocación del elemento medioambiental; un daño de doble vertiente producido a las pueblos y comunidades indígenas y al medio. En abril de 2016, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos publicó el informe «Pueblos indígenas, comunidades afrodescendientes y recursos naturales: Protección de Derechos Humanos en el contexto de actividades de extracción, explotación y desarrollo»,⁴⁹² recordado en el posterior documento «Informe Empresas y Derechos Humanos: estándares interamericanos» de la Relatoría REDESCA en 2019⁴⁹³, recogido a su vez en el más reciente «Compendio sobre Derechos Económicos Sociales Cultu-

⁴⁹¹ En este asunto la Comisión sostuvo que, además de la falta de titulación, violó el derecho a la propiedad la omisión estatal de «emprender acciones efectivas de control de la deforestación del territorio indígena», así como que el Estado llevara a cabo «obras públicas» y otorgara «concesiones para la exploración de hidrocarburos» sin cumplir requisitos de realizar estudios previos de «impacto social y ambiental» y «consultas previas, libres e informadas».

⁴⁹² CIDH, OEA/Ser.L/V/II.Doc. 47/1531 diciembre 2015.

⁴⁹³ OEA/Ser.L/V/II CIDH/REDESCA/INF.1/19 (2019).

rales y Ambientales. Estándares Interamericanos» (OEA/Ser.L/V/II. Doc. 465 31 diciembre 2021) en el que la CIDH y la REDESCA han indicado:

Los Estados, al ejercer sus funciones reguladoras, fiscalizadoras y judiciales [...] en el marco de sus actividades y relaciones comerciales, deben tener en cuenta y respetar el derecho humano a un medio ambiente sano y el uso sostenible y conservación de los ecosistemas y diversidad biológica, poniendo especial atención a su estrecha relación con los pueblos indígenas, comunidades afrodescendientes y poblaciones rurales o campesinas.

A lo anterior debemos añadir la atención que en tiempos más recientes ha venido prestándose a la cuestión empresas y Derechos Humanos, tanto en ámbito regional como en internacional, aunque debe señalarse la lentitud en lo que se refiere a la conformación de un cuerpo normativo de carácter vinculante e internacional.⁴⁹⁴ En el *Third Revised Draft, Legally Binding Instrument To Regulate, In International Human Rights Law: The Activities Of Transnational Corporations And Other Business Enterprises* encontramos la conexión a la que aludíamos al principio en el punto 8.8.:

Subject to their legal principles, States Parties shall ensure that their domestic law provides for the criminal or functionally equivalent liability of legal persons for human rights abuses that amount to criminal offenses under international human rights law binding on the State Party or customary international law, or their domestic law.

Si bien hemos comprobado que las instancias internacionales no se muestran como el mejor recurso, sin embargo, sí están suficientemente consideradas a nivel regional gracias a la interpretación, mucho más amplia y ágil, que las Cortes han realizado respecto del *corpus iuris* internacional de Derechos Humanos. Existe un elemento que creemos se torna más importante de lo que en principio pudiera parecer, como es el de la cercanía que las

⁴⁹⁴ El tercer borrador del tratado vinculante se publicó en agosto de 2021, y se enmarca en el proceso iniciado en 2014 con la adopción de la «Resolución 26/9» al *OEIGW Chairman Third Revised Draft* (17-08-21) del Consejo de Derechos Humanos, punto 8.8. Con sujeción a sus procedimientos legales, los Estados Parte se asegurarán de que su derecho interno prevea la responsabilidad penal o funcionalmente equivalente de las personas jurídicas por los abusos de los Derechos Humanos que constituyan delitos penales con arreglo al Derecho Internacional de los Derechos Humanos vinculante para el Estado Parte o al Derecho Internacional consuetudinario, o a su derecho interno.

cortes mencionadas mantienen con los afectados y el cómo se han dirigido los demandantes ante estas instancias. Sin perjuicio de que después desarrollemos más profundamente esta idea, podemos afirmar que esta lejanía de las instancias internacionales no sólo se aplica a los órganos convencionales y extra convencionales internacionales de protección de Derechos Humanos sino, según se alega, a la Corte Penal Internacional. Afirma Seibert-Fohr que el castigo penal se considera cada vez más como un elemento necesario para la protección de los Derechos Humanos y esto nos conduce a la siguiente parte de este trabajo en la que hallamos un diferente escenario.⁴⁹⁵

1.3. Crímenes internacionales. Los pueblos indígenas ante la justicia penal internacional

When the white man first seen us, when they first said, «Well, there's something wrong with these people here. They don't have no religion. They have no judicial system. We have to do something for these people». I guess that must have been what they thought because they totally screwed up what we already had [...]. The same thing with our judicial system. We had that judicial system and the white people, when they came here, they didn't see that. They said, «These guys have nothing. We must introduce all these different things to them so they can be one of us». That's exactly the problem that we have. —Chief Philip Michel.⁴⁹⁶

Señala Coalition for the ICC que, «Although crimes against indigenous groups have yet to see the ICC courtroom, the case has been made that ICC crimes definitions cover a lot of ground where indigenous peoples may be concerned».⁴⁹⁷ Y, en efecto, una búsqueda de los asuntos tratados por la CPI nos lleva a una primera básica conclusión: la de que, desde que entrara en vigor el Estatuto de Roma hasta el presente, no existe sentencia alguna sobre la cuestión del desplazamiento de tierras de comunidades indígenas por acaparamiento derivado de razones económicas. Sí existen asuntos en los que pueblos y comunidades indígenas quedan afectadas, pero al tener su origen en causas distintas a las que tratamos ahora, como las derivadas de razones étnicas (posibles genocidios) o de conflictos armados (crímenes

⁴⁹⁵ Seibert-Fohr, A. (2009). *Prosecuting Serious Human Rights Violations*. Oxford University Press.

⁴⁹⁶ «Aboriginal Justice Implementation Commission. The Justice System and Aboriginal People». The Aboriginal Justice Implementation Commission, Winnipeg, Canada, 2001.

⁴⁹⁷ COALITION FOR THE ICC. ONLINE. <https://www.coalitionfortheicc.org/global-challenges-icc-protecting-indigenous-peoples>.

de guerra)⁴⁹⁸ o combinados, no serán objeto de estudio. Habría que añadir que el acaparamiento de tierras, en sí, no aparece como categoría en el artículo 7º del Estatuto de Roma, por lo que se hace conveniente analizar los actores, actos y afectados por los efectos de estas acciones, donde hallamos base para su (posible) tratamiento como crimen de lesa humanidad en la forma que ha sido expuesto en las Comunicaciones remitidas a la CPI y que ahora detallaremos.

Así, comprobamos que los asuntos que tratan este tema específico se reducen a los sucesos acaecidos y que están aconteciendo en Camboya (*land grabbing*)⁴⁹⁹ y Brasil. No obstante, conviene recordar el *Asunto Chevron* en el que la CPI no entrara a conocer debido a las limitaciones temporales marcadas en el Estatuto, pero donde se produjeron afirmaciones que pueden aplicarse a los que ahora comentamos.⁵⁰⁰

1.3.1. Camboya (*land grabbing*)

En este escenario, un grupo de víctimas camboyanas (*Filing Victims*) encargaron al abogado Richard J. Rogers, perteneciente a Global Diligence

⁴⁹⁸ En este ámbito debe destacarse el trabajo de la International Law Commission Protection of the environment in relation to armed conflicts, A/CN.4/L.968 de 20 de mayo de 2022).

⁴⁹⁹ Utilizamos la expresión de Bensouda en su «Policy Paper» de 2016 y a fin de distinguirlo del expediente «Application for Judicial Review by the Government of the Union of the Comoros»' ICC-01/13-98. (2016).

⁵⁰⁰ La primera vez que se planteó ante la Corte un asunto relacionado con estas actividades, fue el caso Chevron. Se presentó con fecha 25 de noviembre de 2014 una Comunicación en base al artículo 15 del Estatuto de Roma. Con fecha 16 de marzo de 2015, la OTP envió su respuesta (OTP2014/036752): la fiscalía alegó que «Based on the information currently available, some of the allegations described in the Lago Agrio Plaintiffs' communication do not appear to fall within the Court's temporal jurisdiction, and other allegations do not appear to fall within the Court's subject-matter jurisdiction». «The Prosecutor has therefore determined that there is not a basis at this time to proceed with further analysis of the above-mentioned communication. In light of your related communication, this letter thus serves to notify you of this decision, which has also been notified to the Lago Agrio Plaintiffs. The information you have submitted will be maintained in our archives, as the decision not to proceed may be reconsidered in light of new facts or information». En definitiva, más allá de la cuestión *rationae temporis*, no halló elementos suficientes para la calificación de los hechos acaecidos como crimen internacional competencia de la Corte. El asunto se planteó primero en los EEUU donde Chevron alegó falta de competencia de los tribunales americanos. Después se planteó en Ecuador donde se condenó a la empresa a pagar 9,5 millones de dólares reparando los daños causados a CCII (Siekopai, Sionas, Cofanes, Waorani, Tetetes y Sansahuari) de la Amazonía Norte del país (Orellana y Sucumbíos) y al ecosistema. El Tribunal Permanente de Arbitraje de La Haya anuló la sentencia por la que, en sede doméstica, en Ecuador, se había condenado.

LLP, presentar una Comunicación apoyada por la Federación Internacional para los Derechos Humanos ante la CPI, por hechos ocurridos en Camboya desde 2012. En el escrito presentado (parágrafo 8) se dice:

El acaparamiento de tierras y la deforestación asociada han afectado desproporcionadamente a la población indígena minoritaria. De las 190.000 minorías estimadas, más de la mitad ya han sido expulsadas por la fuerza de las tierras comunales y ancestrales. Debido a su particular dependencia y apego cultural a la tierra, el acaparamiento de tierras ha devastado su sustento y amenazado su identidad étnica.

La calificación del presunto crimen otorgada a los hechos por parte del escrito de Rogers conecta con la idea que expresamos al inicio del presente trabajo: las vulneraciones de Derechos Humanos en estos actos de *land grabbing* en Camboya constituyen, por su gravedad y alcance, crímenes de lesa humanidad. Pero la Corte, «has to clarify what exactly constitutes a crime against humanity», sostiene al respecto de esta cuestión, Franziska Maria Oehm.⁵⁰¹

Zamora Cabot *et al.* sostienen que «para lograr que el Tribunal Penal Internacional interviniera en los casos relacionados con los acaparamientos de tierras y recursos, se tendría que modificar el Estatuto del Tribunal *rationae materiae*, incluyendo, entre otros asuntos, el crimen de ecocidio y el de acaparamiento de tierras». Ciertamente, la destrucción del medio ambiente sólo se halla encuadrada en el crimen de guerra y por otra parte sabemos que el crimen medioambiental y el terrorismo quedaron apartados de los crímenes de que conocería la Corte.⁵⁰² Aquí, estaríamos ante la destrucción del medio a través de prácticas de uso (y abuso) de tierras ancestrales por razones económicas que afectan directa y gravemente a la vida por lo que un análisis de lo que estas producen y el cómo, conducen a los actos descritos en el artículo 7º del ER.

Los argumentos de Global Diligence, a efectos de calificar los hechos como crimen del artículo 7º del ER son el de *forcible transfer* (parágrafo 13), el de *Murder, illegal imprisonment, other inhumane acts* (parágrafo 14) y la *Perse-*

⁵⁰¹ Oehm, F.M. (2015). «Land Grabbing in Cambodia as a Crime Against Humanity. Approaches in International Criminal Law». *Verfassung Und Recht in Übersee. Law and Politics in Africa, Asia, and Latin America*, 48(4), p. 490.

⁵⁰² «Decisions Taken by the Preparatory Committee at its Session Held from 1 to 12 December 1997». U.N. Doc. A/AC.249/1997/L.9/Rev. 1 (1997).

cutión (parágrafo 15), cumpliéndose el requisito de ser un ataque generalizado y sistemático (parágrafo. 18 y ss.) contra víctimas civiles (comunidades indígenas). Por otra parte, entiende que se dan los elementos necesarios en cuanto a su admisibilidad por la Corte. El principio de complementariedad estaría cumplido toda vez que, según el comunicante, los tribunales camboyanos están manipulados y son corruptos (parágrafo 26) y concurre un nivel de gravedad suficiente e interés de la justicia (parágrafos 27 y 28) poniendo de relieve las graves consecuencias derivadas de la inacción, como la posible muerte de cientos de miles camboyanos. Posteriormente, Global Diligence reforzó la comunicación mediante una «Supplementary Communication» de julio de 2015, en la cual se hacía énfasis en el impacto desproporcionado sobre las mujeres.

Un año más tarde, en 2016, refiriéndose a la publicación del *Policy Paper* de F. Bensouda, al que luego nos referiremos, Richard Rogers, según se recogía en *The Guardian* por John Vidal y Owen Bowcott, afirmaba: «It will not make land-grabbing *per se* a crime, but mass forcible evictions that results from land-grabbing may end up being tried as a crime against humanity».⁵⁰³ Cuatro años más tarde, seguía sin respuesta, aun cuando en el «Report on Preliminary Examination Activities 2020» leemos, en el parágrafo 35: «The Office is also finalising its response to senders of communications with respect to Cambodia (land grabbing)». Después de ciertas afirmaciones de la fiscal efectuadas en el marco abajo señalado, el 16 de marzo de 2021 se enviaba una carta a la OTP en los siguientes términos:

En su discurso del 17 de febrero de 2021 ante el Instituto de Asuntos Internacionales y europeos, confirmó que su Oficina tomará pronto una decisión sobre la situación pendiente de acaparamiento de tierras en Camboya, a la que ya se refirió en su informe de diciembre de 2020 sobre los exámenes preliminares actividades. La situación de Camboya ofrece una oportunidad única para que la CPI se comprometa con la mayor amenaza a la que se enfrenta la humanidad: la emergencia climática y medioambiental. El acaparamiento de tierras no sólo consiste en los desalojos forzosos y violentos de los residentes. En muchos países del mundo, el acaparamiento de tierras es el precursor de la explotación ilegal de recursos, la persecución de los pueblos indígenas y la destrucción

⁵⁰³ «No hará que el acaparamiento de tierras *per se* sea un delito, pero los desalojos forzosos masivos que resultan del acaparamiento de tierras pueden terminar siendo juzgados como un crimen contra la humanidad».

del medio ambiente. Frenar el acaparamiento ilegal de tierras ayudará a proteger el medio ambiente y a combatir el cambio climático.

Pero el 16 de junio de 2021 Fatou Bensouda ponía fin a su mandato. Constatamos que no hay mención alguna a la cuestión camboyana en el documento *Preliminary examinations at the ICC: An analysis of prosecutor Bensouda's legacy* de septiembre de 2021. En un epígrafe posterior volveremos sobre esta cuestión a efectos de establecer posibles causas que nos lleven a la respuesta del por qué no ha habido respuesta.

1.3.2. Brasil

El Informe de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos *Situación de Derechos Humanos en Brasil* expresa gran preocupación por el proceso de revisión de las políticas indigenistas y ambientales del país, que ha posibilitado la ocupación ilegal de tierras ancestrales, ha fomentado actos de violencia contra líderes y comunidades indígenas y ha autorizado la destrucción ambiental de sus territorios.⁵⁰⁴ En Brasil, la deforestación había aumentado «hasta alcanzar un área similar a la de Montenegro y superior a la de países como Catar, Jamaica y Kosovo» en noviembre de 2021,⁵⁰⁵ amenazando seriamente las tierras de las comunidades indígenas, como así señalan Lucas Ferrante y Philip M. Fearnside.⁵⁰⁶ Conviene apuntar que esta cuestión de la afectación del medio se encuentra en varias comunicaciones ante la CPI en las que se alega junto a la de crímenes de lesa humanidad.

En noviembre de 2019, el *Coletivo de Advocacia em Direitos Humanos* (CADHU)⁵⁰⁷ remitió Comunicación, nota informativa, siguiendo lo dispuesto en el artículo 15º del ER solicitando un examen preliminar por «incita-

⁵⁰⁴ «Informe sobre la situación de Derechos Humanos en Brasil». Comisión Interamericana de Derechos Humanos (2021).

⁵⁰⁵ I«La deforestación en la Amazonía brasileña aumentó un 22%: es un récord en los últimos 15 años». *Infobae*, 18/11/2021 <https://www.infobae.com/america/medio-ambiente/2021/11/18/la-deforestacion-en-la-amazonia-brasileña-aumento-un-22-es-un-record-en-los-ultimos-15-anos/>.

⁵⁰⁶ Ferrante, L., Fearnside, P. (2020). «Brazil threatens Indigenous lands». *Science*, vol. 368, issue 6490.

⁵⁰⁷ En abril de 2020, la Brazilian Association of Legal Experts for Democracy (ABJDT) presentó Comunicación por crímenes contra la humanidad del artículo 7º (1) (k) del ER y otros que pudieran derivarse de la investigación. El 12 de octubre de 2021 fue remitida una comunicación por parte de All Rise. Existen, además, otras Comunicaciones relativas al COVID-19 y la política seguida por el Presidente. Todas ellas refieren a crímenes medioambientales y a la situación de los indígenas y el posible crimen perpetrado contra ellos.

ción al genocidio y ataques sistemáticos generalizados contra los pueblos indígenas» por parte del presidente Jair Messias Bolsonaro en Brasil. En el escrito se incorpora posteriormente el de crímenes de lesa humanidad junto a este de incitación al genocidio. Desde el primero de los párrafos encontramos la mención de las comunidades indígenas considerando que el presidente brasileño había creado un contexto de incitación a cometer crímenes de lesa humanidad y genocidio, lo que entiende llevado a cabo mediante la seria afectación del medio en que habitan. Según los comunicantes, la importante degradación ambiental producida (y que persiste) es fruto de las políticas seguidas por el presidente brasileño. Junto al daño al ecosistema, denuncia que «los ataques de los grupos armados, los proyectos de infraestructuras estatales y privados, la minería ilegal y las agroindustrias que invaden los bosques y las tierras demarcadas son hechos que están expulsando a las comunidades». (párrafo 2).

El escrito atiende a los elementos del crimen de lesa humanidad, encuadrándolo en varios de sus apartados. Así, hace referencia a que se han llevado a cabo actos de forma sistemática a través de una política estatal de incitación que pueden conducir a (I) el exterminio (artículo 7.1.b del Estatuto de Roma) ya que las condiciones y los estilos de vida de los pueblos indígenas están siendo destruidos por la contaminación de los ríos y la invasión de sus tierras por parte de mineros, madereros y acaparadores de tierras; (II) el traslado forzoso de poblaciones (artículo 7.1.d. del Estatuto de Roma); (III) la persecución (artículo 7.1. h del Estatuto de Roma), demostrada por la rápida desinstitucionalización de las políticas indígenas brasileñas y la degradación de sus tierras que el Gobierno está dejando de proteger de forma deliberada y sistemática (similar a la destrucción de viviendas y propiedades en la jurisprudencia establecida por la Corte Penal Internacional); y (IV) «otros actos inhumanos de carácter similar que causen intencionadamente grandes sufrimientos o atenten gravemente contra la integridad física o la salud mental o física» (artículo 7º.1.k del Estatuto de Roma). Señala que «practices destroying environment» afectan a las comunidades indígenas, sus tierras y modos de subsistencia «whose physical existence and lifestyles are dependent on its forests, lands and rivers, immaterial, social and symbolic terms» (párrafo. 64). En su argumentación invoca tanto jurisprudencia de tribunales penales como textos de protección de Derechos Humanos y recuerda el *Policy Paper* de Bensouda de 2016:

Uno de los cambios mencionados en este documento consiste en la prioridad que se da ahora a la criminalización de las expropiaciones de tierras que causan desplazamientos forzados, por ejemplo, así como los delitos contra el medio ambiente y los crímenes contra la humanidad.

En este párrafo el CAH DU afirma que, con ello, lo que se introduce en el artículo 7º del ER responde «a un cambio en la percepción social de la gravedad de los problemas sociales y medioambientales», lo que se había planteado en la redacción del texto y que conducía la tipificación de los delitos medioambientales a gran escala como crímenes internacionales. En aquella ocasión, se decidió finalmente no tipificarlos debido a las dificultades que parecían surgir en demostrar la perpetración deliberada de tales actos y el tipo de daño resultante que daría lugar a la responsabilidad en virtud del Derecho Internacional sólo cuando los daños son directos. En cualquier caso, valga la pena recordar que el artículo 8º es la única disposición considerada ecocéntrica y que hace referencia a la prohibición de lanzar un ataque intencionalmente, a sabiendas de que causará «daños extensos, duraderos y graves al medio ambiente natural que serían manifiestamente excesivos en relación con la ventaja militar concreta y directa de conjunto que se prevea», «intentionally launching an attack in the knowledge that such attack will cause widespread, long-term and severe damage to the natural environment» lo que es señalado por Mistura⁵⁰⁸ o Pereira.⁵⁰⁹

La aplicación de la complementariedad es tenida en cuenta desde que el párrafo 149 apunta que: «It was only on 25 August 2019 that President Jair Messias Bolsonaro called for an investigation to be opened by the Federal Police, with people selected by the Government», señalando que la misma no es imparcial, pues existen injerencias políticas en tales actividades de investigación. Por lo que respecta al genocidio mencionado en el documento, se basa en declaraciones públicas efectuadas por Bolsonaro que servirían como prueba (algo muy complejo), del elemento subjetivo de este crimen.

Retomando la idea expuesta al principio de la afectación de la tierra y el derecho a la vida de los pueblos indígenas, Mistura recuerda cómo en el

⁵⁰⁸ Mistura, A. (2018). «Is There Space for Environmental Crimes Under International Criminal Law? The Impact of the Office of the Prosecutor Policy Paper on Case Selection and Prioritization on the Current Legal Framework», en *Columbia Journal of Environmental Law*, vol. 43, n.º 1.

⁵⁰⁹ Pereira, R. (2020). «After the ICC Office of the Prosecutor's 2016 Policy Paper on Case Selection and Prioritization: Towards an International Crime of Ecocide?». *Crim Law Forum* 31.

Asunto Al Bashir la contaminación del agua en las zonas habitadas por los fur, masalit, y zaghawa «has been one of the elements considered by the ICC in issuing a second arrest warrant against the Sudanese President Omar Hassan Al Bashir, indicted on the grounds of having committed, among others, genocide against the population of Darfur».⁵¹⁰ Apunta igualmente el escrito de la CAHDU al delito ambiental de manera que va reforzando la creencia de la comisión de crímenes internacionales.

En octubre de 2021, All Rise presentó Comunicación para la Commission of Crimes Against Humanity against Environmental Dependents and Defenders⁵¹¹ donde entendía que el impacto de los actos y conductas criminales alcanzan la pérdida de vidas y el profundo sufrimiento de las comunidades locales. La calificación de crímenes de lesa humanidad se basa en el ataque generalizado, premeditado y calculado contra la población civil de la zona perpetrado por el Estado, y comprende las conductas del apartado 1 (a) asesinato de defensores del medioambiente, del 1 (k) otros actos contra defensores medioambientales y (h) actos de persecución llevados a cabo contra aquellos. El ataque, deriva de la política corrupta seguida por el presidente Bolsonaro para asegurar la explotación, incontrolada e insostenible de los recursos naturales eliminando protecciones socio ambientales enriqueciendo a sus principales colaboradores (y a sí mismo).

Con lo anterior, hemos dejado expuestos los dos asuntos presentados ante la CPI, habiendo señalado igualmente el asunto Chevron.⁵¹² El reducido número de intentos de llamadas a la Corte nos conduce a tratar de indagar en las razones de tan limitada actuación. Por lo que se refiere a las comunicaciones presentadas, tan sólo Camboya y Brasil, guardan relación con la cuestión que tratamos. Esto nos lleva a plantearnos el porqué de la práctica ausencia del tratamiento como crimen internacional de estas situaciones, junto a la que abordaremos la de si se dan los criterios para su admisión en la CPI y la política que mantiene la Corte en cuanto a la admisión de asuntos a investigar. Pretendemos efectuar este análisis tanto desde la actuación de la Fiscalía como desde la perspectiva de los pueblos indígenas y su sentimiento respecto a la justicia (penal) internacional.

⁵¹⁰ Mistura, 2018, p. 207.

⁵¹¹ «Communication under Article 15 of the Rome Statute of the International Criminal Court. 12». All Rise. October 2021.

⁵¹² *Id.*, p. 9.

1.4. Perspectiva interna: el sistema de Roma

«The creators of the Court very much had crimes against Indigenous Peoples in mind, when drafting the Court's Rome Statute» señala John Washburn.⁵¹³ En 2016, la fiscal Fatou Bensouda presentó, como apuntamos antes, su política respecto a la selección y priorización de casos, lo que pasaba por una determinación en investigar estos sucesos a la vez que insistía en el principio de complementariedad como pieza fundamental del sistema de Roma. La admisibilidad de los asuntos presentados requiere pasar una prueba, que denominaremos “test Bensouda”: el cumplimiento de ciertos requisitos y criterios que, desde luego, están insertos en el texto de 1998: no se puede dejar de pasar por alto, en esta parte del presente trabajo, los argumentos esgrimidos en el asunto Chevron-Ecuador, cuando la Fiscalía no halló que fueran de gravedad suficiente⁵¹⁴ con lo que nos preguntamos si la respuesta a los asuntos Camboya y Brasil en los que hay determinada una calificación como crimen de lesa humanidad y/o de genocidio, tendrán el mismo fin.

A. La Complementariedad

La Corte Penal Internacional no tiene jurisdicción universal. Tanto el Preámbulo del Estatuto de Roma como el artículo 1º señala su carácter complementario.⁵¹⁵ Desde la discusión de la redacción de los preceptos del ER el principio de soberanía proyectó este carácter de *last resource*.

The principle of complementarity is based both on respect for the primary jurisdiction of States and on considerations of efficiency and effectiveness» señala el documento de la Fiscalía de la CPI. Estos dos aspectos de la función de complementariedad, la asociación y la vigilancia «están en tensión y, sin embargo, están inseparablemente relacionados.⁵¹⁶

⁵¹³ Washburn, J. (2017). «A report by the watchdog Global Witness» *American Coalition for the ICC* (AMICC).

⁵¹⁴ Por supuesto que el principal argumento en contra de la admisibilidad fue la falta de competencia temporal.

⁵¹⁵ Véase. Estatuto de Roma. Preámbulo: «Destacando que la Corte Penal Internacional establecida en virtud del presente Estatuto será complementaria de las jurisdicciones penales nacionales».

⁵¹⁶ Informal expert paper. «The principle of complementarity in practice». Corte Penal Internacional OTP (ICC-01/04-01/07-1015-Anx 01-04-2009 3/37 VW T). 2009, p. 4.

Luis Ocampo, primer fiscal de la CPI, decía en 2003 que el triunfo de la CPI viene de la implantación y la lucha contra la impunidad en todos los Estados, así que la efectividad de aquella no debería medirse por el número de casos de que pueda conocer, sino que, por el contrario, «complementarity implies that the absence of trials before this Court, as a consequence of the regular functioning of national institutions, would be a major success».⁵¹⁷ Señalaba Carter invocando a Lee⁵¹⁸ que este principio significa que la Corte complementa pero no reemplaza a la jurisdicción nacional puesto que, según el sistema del ER: «los tribunales nacionales seguirán teniendo prioridad en la investigación y el enjuiciamiento de los crímenes cometidos dentro de sus jurisdicciones, en tanto que la Corte Penal Internacional actuará cuando los tribunales nacionales sean «incapaces o no estén dispuestos a realizar sus tareas». Objeto de mención en el preámbulo, su expresión fue objeto de una más contundente redacción y, por ende, significado, pasando de un «intended to be» a un «shall be» tal y como comprobamos en los trabajos preparatorios del ER.⁵¹⁹ Decía Lahiri, representante de la India en las discusiones habidas en la Conferencia de Plenipotenciarios sobre el establecimiento de una Corte Penal Internacional, que sería una burla al concepto de complementariedad esperar que los Estados, con sistemas judiciales y de investigación bien establecidos y en funcionamiento, tengan que demostrar constantemente la viabilidad de sus estructuras judiciales, a falta de lo cual serían anulados por el Tribunal. «It would be a travesty of the concept of complementarity to expect States with well-established and functioning judicial and investigative systems to have to prove constantly the viability of their judicial structures, failing which they would be overridden by the Court». Puede ser, para algunos, un «travesti», pero no puede obviarse la posibilidad de que, al no ser así, ni mucho menos siempre, las actuaciones

⁵¹⁷ «Ceremony for the solemn undertaking of the Chief Prosecutor of the International Criminal Court Statement made by Mr. Luis Moreno-Ocampo Chief Prosecutor». Corte Penal Internacional OTP. 2003, p. 3.

⁵¹⁸ Carter, L. (2010). «The Principle of Complementarity and the International Criminal Court: The Role of *Ne bis*» *Santa Clara J. Int'L.* 165, p. 167.

⁵¹⁹ «Preparatory Committee on the establishment of an-International Criminal Court. 16 March- 3 April 1998». (A/AC.249/1998/CRP.61). 1998. El Preámbulo del ER decía «Emphasizing further that such a court is intended to be complementary to national criminal justice systems in cases where such trial procedures may not be available or may be ineffective». Se modificó a fin de que tal expresión fuera «consistent with article 1° of the Statute» de manera que, finalmente, la redacción sería la de actual: «Emphasizing further that such a court shall be complementary to national criminal jurisdictions».

llevadas a cabo a nivel interno no sean sino una forma de eludir la justicia internacional, y ello debe probarse.

La inclusión del adjetivo «genuine» convertido en la versión española a adverbio «realmente» en el artículo 17º del ER (cuestiones de admisibilidad) se muestra del todo relevante. Demostrar esa voluntad (o falta de) real de llevar a cabo una investigación es tan clara como compleja en cuanto a prueba se refiere. Lo mismo puede predicarse del contenido del apartado c) del artículo 17.2:

A fin de determinar si hay o no disposición a actuar en un asunto determinado, la Corte examinará, teniendo en cuenta los principios de un proceso con las debidas garantías reconocidos por el Derecho Internacional, si se da una o varias de las siguientes circunstancias, según el caso. [...]. Que el proceso no haya sido o no esté siendo sustanciado de manera independiente o imparcial y haya sido o esté siendo sustanciado de forma en que, dadas las circunstancias, sea incompatible con la intención de hacer comparecer a la persona de que se trate ante la justicia.

Respecto de este principio y la situación en Colombia (bajo examen preliminar), Stewart señalaba que para que funcione, es importante «ver que se imparta justicia en nombre de las víctimas de manera simultánea, proporcional e imparcial con respecto a todos los actores del conflicto armado, ya sean con respecto a las FARC-EP, los agentes del Estado o los terceros civiles».⁵²⁰ Ahora bien, este principio tiene también su sombra: amparados en la complementariedad, los Estados pueden impedir o retrasar la investigación por parte de la Corte. La falta de parcialidad puede impedir o cuando menos detener a la justicia en nombre de la complementariedad. Claro que aquí nos estamos refiriendo a aquellas situaciones que *motu proprio* la Fiscalía entiende que ha de investigar; es decir, no nos referimos a casos «self-referrals» ni, menos, a los remitidos por el Consejo de Seguridad de Naciones Unidas.

Sostiene Twomey, refiriéndose a la cuestión en Mozambique, que «the limits of law lie within the norm implementation process, wherein norms are conditioned by the local Mozambican governance context to serve domestic interests»⁵²¹ en un asunto relacionado con *land grabbing* en Mozambique. En

⁵²⁰ «El artículo 28º del Estatuto de Roma». Corte Penal Internacional OTP. Cámara de Comercio de Bogotá. 1 de noviembre de 2018, parágrafo. 3.

⁵²¹ Twomey, 2014, p.1.

el asunto de Brasil, la Comunicación pone énfasis en este aspecto sobre la falta de investigaciones reales, imparciales, que sirvan realmente a la justicia. En el de Camboya, la inoperancia o inutilidad.

Un ejemplo ofrece la práctica de la CPI, ya incluso, en el primero de los asuntos decididos por la ICC. Nos referimos al asunto Lubanga y la situación en la República Democrática del Congo respecto de la que Shabbas apuntaba que «is closer to the classic paradigm of a state whose failing justice system renders it «unable to prosecute»».⁵²²

A efectos de aclarar la base en que la CPI procede a la investigación de una situación en que la jurisdicción nacional ha abierto causa, el Anexo 4 del documento ICC-OTP 2003, «list of indicia of unwillingness or inability to genuinely carry out proceedings»⁵²³ es sumamente importante y nos ofrece pautas claras a efectos de comprobar la falta real de voluntad.⁵²⁴ A falta de respuesta a la comunicación brasileña en la que claramente se atacan, los argumentos sobre la falta de «verdadera» investigación en el país quedan en suspenso al igual que en el caso camboyano. Junto a la complementariedad, otros factores fundamentales son el de la gravedad e interés de la justicia.

⁵²² Shabbas, W. (2010) «Complementary in practice», en ICC-01/05-01/08-721-Anx11 16-03-2010 21/29 CB T, pp. 19-20.

⁵²³ Como información contextual, señala aspectos a observar tales como a) la función constitucional, separación de poderes y competencias atribuidas a las instituciones del sistema de justicia penal; - Marco legislativo (delitos, jurisdicción, procedimientos, defensas); b) los parámetros de los poderes y la discrecionalidad de la fiscalía; c) el grado de independencia de jure y de facto del poder judicial, de los fiscales y de los organismos de investigación; d) las divisiones territoriales jurisdiccionales; e) los regímenes jurisdiccionales especiales (tribunales militares); f) los privilegios e inmunidades de las autoridades del Estado; g) la creación de comisiones extrajudiciales de investigación, comisiones de la verdad, etc.; h) la concesión de amnistías, indultos, ejecución de penas, regímenes de libertad condicional; i) el régimen jurídico de acceso a las pruebas; j) el régimen jurídico de la extradición, el asilo, etc.; k) el régimen jurídico de las normas del debido proceso, derechos de los acusados, procedimientos; l) las condiciones de seguridad para testigos e investigadores, acceso a la escena del crimen; - Integridad/corruptibilidad del personal y las instituciones; m) los recursos invertidos y capacidad de las instituciones del Estado para hacer frente a la escala del crimen; y n) el identificar los ministerios clave y otros puntos de contacto. Como «unwillingness» la prueba de la falta de voluntad puede surgir de una serie de factores relacionados con los aspectos del artículo 17(2). Algunos ejemplos de hechos y pruebas relevantes que pueden recopilarse: la finalidad del «shielding» son el retraso, la falta de independencia e imparcialidad, entre otros.

⁵²⁴ Como jurisprudencia sobre «Unwillingness or inability» señala el *Asunto Horwath vs. Secretary of State for the Home Department*, House of Lords, 6 July 2000. (p. 35).

B. La Gravedad y el interés para la justicia

i. La gravedad

El *Policy Paper* de Bensouda de 2016 marcó determinadas pautas para la actuación de la fiscalía de la Corte Penal Internacional pero no se trataba del primer documento en relación con la selección de asuntos, aunque desde luego, especialmente clarificador, a la vez que levantó expectativas para las comunidades indígenas afectadas por los actos de *land grabbing*.

Recuerda el *Policy Paper* que la «Gravity is the predominant case selection criteria adopted by the Office and is embedded also into considerations of both the degree of responsibility of alleged perpetrators and charging».⁵²⁵ La Fiscalía de la CPI pronto tuvo que aplicar este criterio tan falto de claridad y no sin razón. Venezuela y Chile clamaron por la claridad de un elemento clave que consideraban vago e impreciso.⁵²⁶ Luis Moreno Ocampo, como primer fiscal, tendría que interpretar o aplicar estos criterios o prerequisites⁵²⁷ y señalaba que «The gravity criterion presents a number of challenges,» apuntado al número de víctimas o al impacto de los crímenes refiriéndose a las actuaciones comenzadas en Congo y Uganda.⁵²⁸ A falta de una clara definición de lo que se entienda por gravedad, ponderar esta, pasa por tener en cuenta determinados factores apuntados el *Policy Paper* de 2013.⁵²⁹ Bajo estos, la Fiscalía tendrá en consideración, entre otros: (a) la escala, (b) la naturaleza, (c) la forma de comisión, y (d) el impacto de los crímenes posibles valoración de la gravedad y su evaluación, (I) la escala del crimen debe determinarse a la luz de, entre otras cosas, el número de víctimas y la magnitud del daño causado por el crimen, incluso desde una perspectiva temporal y geográfica (para 62); la naturaleza del crimen se refiere a los elementos específicos de cada delito relevante (por ejemplo asesinatos, persecuciones, crímenes que implican violencia sexual o crímenes contra niños)

⁵²⁵ «Policy Paper on case selection and prioritization». Corte Penal Internacional OTP. 2016, parágrafo 6.

⁵²⁶ Ver «Summary Record of 11th Meeting», U.N. Doc. A/CONF.183/C.1/SR.11, 22, 29 (1998).

⁵²⁷ Decía Moreno-Ocampo, y no sin razón que «I also need legal scholars to discuss standards for the selection of cases and the investigation. I am therefore here to present to you a number of challenges that we face in the hope that you can develop solutions (p. 498) o que «Academic debate is needed, because the Court is a new system» (p. 502). MORENO-OCAMPO, LUIS. \$Keynote Address: Integrating the Work of the ICC into Local Justice Initiatives. & American University International Law Review 21, n. °4 (2006): 497-503.

⁵²⁸ *Id.*, p. 498.

⁵²⁹ Corte Penal Internacional OTP, 2016.

(III) la forma de comisión puede evaluarse, entre otras cosas, sobre la base de «los medios empleados para ejecutar el crimen, el grado de participación y la intención del autor el grado en que los crímenes fueron sistemáticos o resultaron de un plan o política organizada».⁵³⁰

En cualquier caso, aún se ha venido percibiendo la subjetividad inherente a una decisión sobre la gravedad de un asunto respecto de otro. Y es que, cuando no se dispone de los medios materiales necesarios para atender a otros escenarios, se ha de optar por la investigación en uno u otro campo. Esta no es una materia menos importante: la Corte necesita de la cooperación internacional, económica también.

ii) El interés para la Justicia

Por lo que se refiere al «interés para la justicia» mencionado en el artículo 53, se trata de un criterio –a nuestro parecer– aún más complejo, desde que debemos partir de la propia comprensión de lo que signifique «justicia». Con todo, la Fiscalía de la CPI, la Office of the Prosecutor nos ha proporcionado un *Policy Paper* en 2007 al respecto, que en su comienzo ya nos advierte que estamos antes una cuestión que «represents one of the most complex aspects of the Treaty».⁵³¹ Y, desde luego, el asunto de Afganistán nos proporcionó un buen ejemplo de esa complejidad (y de la subjetividad que puede llevar implícita su aplicación). Pero este documento no nos proporciona la claridad que hallamos en términos comparativos cuando tenemos presente el que desarrolló otros criterios como la complementariedad o gravedad. De hecho, la OTP sostiene que:

⁵³⁰ (a) the scale, (b) the nature, (c) the manner of commission, and (d) the impact of the potential crimes assessment of gravity and their evaluation, the Policy Paper on Preliminary Examinations further provides that: (I) the scale of the crime must be determined in light of, inter alia, the number of the victims and the extent of the damage caused by the crime, including from a temporal and geographical perspective;¹⁹⁴ (II) the nature of the crime refers to the specific elements of each relevant offense (e.g., killings, persecutions, crimes involving sexual violence, or crimes against children);¹⁹⁵ (III) the manner of commission may be evaluated, inter alia, on the basis of «the means employed to execute the crime, the degree of participation and intent of the perpetrator. the extent to which the crimes were systematic or result from a plan or organized policy and 2018].

⁵³¹ *Id.*, p. 2.

Antes de considerar si existen razones sustanciales para creer que no es en interés de la justicia iniciar una investigación, el Fiscal necesariamente habrá llegado ya a una opinión positiva sobre la admisibilidad, incluyendo que el caso es de suficiente gravedad para justificar una acción posterior.⁵³²

Después, el interés de las víctimas y las circunstancias particulares del acusado junto con otras consideraciones (otros mecanismos de justicia o procesos de paz). La falta de concreción de este documento nos conduce a las situaciones en que este criterio ha sido aplicado; así el asunto de Afganistán⁵³³ caso en el que los perpetradores de los crímenes alegados eran de un lado, los talibanes y otros grupos armados, las fuerzas afganas, fuerzas armadas de los Estados Unidos y la CIA, u otras fuerzas armadas internacionales. El carpetazo pretendido por la Sala de Cuestiones de lo Preliminar fue reabierto por la decisión de la Sala de Apelaciones, criticada no obstante por cuanto que, aunque recriminó a la SCP por abusar de su discreción en su análisis de los intereses de la justicia, lo realizó más como crítica al proceso que a los argumentos ofrecidos. «The AC (Appeals Chamber) thus missed an opportunity to consider what the interests of justice entail».⁵³⁴

Como sostiene Kai Ambos, «la Sala convierte el concepto de interés de la justicia en una cláusula de eficiencia utilitaria que se basa en el posible éxito del procedimiento».⁵³⁵ Ampliamente abordado este caso de Afganistán por la doctrina, resumimos con la idea de que no se comprende cómo después de abordar actores y actos y elementos fundamentales de admisibilidad el «nonetheless» del artículo 53º del Estatuto de Roma, sirva para llegar a la conclusión de la falta de interés para la justicia.

En fin, este criterio parece que podría representar un importante impedimento para ver en La Haya un asunto relativo al acaparamiento de tierras de las comunidades y pueblos indígenas; ello, teniendo en cuenta los antecedentes que el «nonetheless» nos ofrece.

Las cuestiones anteriormente tratadas (complementariedad, gravedad e interés para la justicia) nos parecen de suma importancia a fin de ponderar

⁵³² *Id.*, p. 5.

⁵³³ «Pre-Trial Chamber II. Situation in the Islamic Republic of Afghanistan». ICC-02/17. Date: 12 April 2019.

⁵³⁴ Véase la entrada de David Luban en *Just Security* del 17 de marzo de 2020. <https://www.justsecurity.org/69188/the-interests-of-justice-at-the-icc-a-continuing-mystery/>.

⁵³⁵ Véase la entrada de Ambos en *La Ley Online* (Perú) del 7 junio 2019. <https://laley.pe/2019/06/07/corte-penal-internacional-reformas-pendientes/>.

las posibilidades reales actuales para que la cuestión que proponemos sea tratada por la Fiscalía. Reiteramos que, a falta de una respuesta a las comunicaciones presentadas, podemos tener elementos que nos permitan tener nuestras propias conclusiones que serán desarrolladas en la parte final.

1.2. Perspectiva externa: los pueblos indígenas

Para los pueblos indígenas, una luz parecía asomar desde que la Fiscal Bensouda declaró su intención de que estos actos fueran objeto de estudio con la publicación del *Policy Paper* mencionado. El parágrafo 41 del mismo dice:

The office will consider prosecuting Rome Statute crimes that are committed by means of, or that result in, inter alia, the destruction of the environment, the illegal exploitation of natural resources or the illegal dispossession of land.

Antes, en el primer epígrafe del texto, Bensouda afirma:

The Office will also seek to cooperate and provide assistance to States, upon request, with respect to conduct which constitutes a serious crime under national law, such as the illegal exploitation of natural resources, arms trafficking, human trafficking, terrorism, financial crimes, land grabbing or the destruction of the environment.

El documento, reiteramos, provocó (demasiadas) expectativas. Chris Arsenault escribía en 2016: «Cambodian villagers are optimistic for Intl. Criminal Court complaint following court's decision to investigate land grabs as violations of intl. law».⁵³⁶ Y, como dijimos arriba, Rogers recordaría posteriormente esta afirmación de la entonces fiscal que le sirvió para reforzar su solicitud a la vez que señalaba que, hasta la fecha, no había habido respuesta alguna por parte de la OTP, ni hasta la finalización de estas líneas. Se ha argumentado por representantes de comunidades indígenas (asesores legales o líderes) la falta de confianza respecto de la CPI, mostrando una actitud pesimista respecto a que la CPI pueda dar una respuesta efectiva a

⁵³⁶ Arsenault, C. (2016). «Cambodian villagers are optimistic for Intl. Criminal Court complaint following court's decision to investigate land grabs as violations of intl. law», en *Business Human Rights*.

sus reclamaciones. Alegan que no existen canales de comunicación junto a la de que la competencia material de la Corte impide el enjuiciamiento completo puesto que estamos ante un asunto que hunde sus raíces mucho atrás en el tiempo.⁵³⁷

La falta de confianza se concreta en que se considera lejana, que implica desplegar un esfuerzo ingente en cuanto a recursos económicos se refiere, a efectos de actuar en La Haya, a que existe una falta de reconocimiento de la justicia indígena, de la cultura de estos pueblos, lo que –entiende– pasaría por un reconocimiento expreso si no, de una revisión de las reglas de procedimiento de la CPI (*evidences and proofs*) a fin de acomodar tal sistema cultural conduciendo a una suerte de reforma en la arquitectura institucional existente. En esta línea de falta de «entendimiento», apunta Agnieszka Szpak que «What is common to all indigenous and tribal peoples is their understanding of justice»⁵³⁸ apuntando diferencias con la justicia «occidental» que tiene por objeto controlar las acciones que violan las normas jurídicas y se consideran perjudiciales para la sociedad. Jonathan Rudin, en su estudio «Aboriginal Peoples and Criminal Justice» System» insiste en este parecer: «The principal reason for this crushing failure is the fundamentally different world views of Aboriginal and non-Aboriginal people with respect to such elemental issues as the substantive content of justice and the process of achieving justice».

Harry S. Laforme se pregunta acerca de si funciona el sistema canadiense «mainstream» para los pueblos aborígenes. En su obra, después de sus reflexiones, nos deja un pensamiento indígena y adelantando una probable respuesta a la pregunta que da título a su artículo «The Justice System in Canada: Does the Canadian criminal justice system work for Aboriginal people?». En él, invita a la acción con un «What will you do about it?»⁵³⁹

⁵³⁷ Véase el ciclo de conferencias de la Universidad de Leiden «International Criminal Law, Justice and Indigenous Cultures. Indigenous Peoples and Trials before International Criminal Courts and Tribunals», especialmente la intervención de Mary Ann Manja Bayang. <https://www.universiteitleiden.nl/agenda/2022/05/indigenous-peoples-and-trials-before-international-criminal-courts-and-tribunals>.

⁵³⁸ Szpak, A. (2019). «Indigenous justice system and harmonization with the ordinary justice System» *Special Rapporteur on the Rights of Indigenous Peoples* (07.04.2019).

⁵³⁹ Laforme, Justice Harry S. (2005). «The Justice System in Canada: Does it Work for Aboriginal People?» *Indigenous Law Journal* Vol. 4. Fall, 2005.

[The Aboriginal person] will probably appear before a white judge, be defended, and prosecuted by white lawyers, and if he goes to jail, he'll be supervised by white guards. The justice system is often seen as a white man's weapon—a heavy hand that enforces his laws. It is them and us, the white man's law.

El Estatuto de Roma sí tuvo en cuenta el hecho indígena y los trabajos preparatorios así lo demuestran.⁵⁴⁰ Magallona, de Filipinas, sugirió en los debates sobre la elaboración del ER que «en cuanto a los crímenes de guerra, su delegación prefiere la opción 2 del artículo 5º *quater*. El apartado g) de la sección B debería incluir una referencia a los hogares ancestrales para tener en cuenta los intereses de las comunidades indígenas. Lo cierto es que, más allá del marco del artículo 8, no encontramos a la fecha asunto alguno relacionado con el acaparamiento de tierras por más que cuando el asunto ha sido tratado en sede de protección de Derechos Humanos haya quedado probada la afectación a la vida constatándose un traspaso de línea hasta la de la comisión de crímenes que no tienen por ahora la atención por parte de la CPI. Son muchas las dudas que tenemos y no es de extrañar el pesimismo y el alejamiento en consecuencia, de los pueblos y comunidades indígenas en la búsqueda de justicia ante esta instancia penal. No parece, por el momento, que la protección de los derechos de estos pueblos, vía la de los crímenes contra el medio ambiente, pueda encontrar mejor suerte. La cuestión del ecocidio como quinto crimen internacional, no parece cerca, ni mucho menos, de ser incorporada al ER y las resoluciones de la Asamblea de Estados Parte de 2021 son una muestra de ello.

1.3. Ideas finales

La tierra representa un elemento material y espiritual para los pueblos indígenas, evidencia que ha sido reiterada por la Corte IDH y la CAfDHP y

⁵⁴⁰ Véase «United Nations Diplomatic Conference of Plenipotentiaries on the Establishment of an International Criminal Court Rome, 15 June – 17 July 1998 Official Records Volume II Summary records of the plenary meetings and of the meetings of the Committee of the Whole». A/CONF.183/13 (Vol.II), p. 4, 115-116. En el ítem 1, parágrafo 4, p. 61, el presidente Conso se refiere a la exterminación de indígenas (o las barbaries del tráfico de esclavos). Más adelante, el ítem 9, paras. 115-116, 115. Mr. Klich (Observer for the Movimento Nacional de Direitos Humanos) said that the poor, women, children, and indigenous peoples of Latin America were the main victims of systematic violations of human rights and had no real access to justice. All too often, amnesties hindered the establishment of the truth. Political pacts on impunity showed the weakness of judicial systems.

es un hecho no difícilmente constatable que en las tierras ancestrales vienen acometiendo determinadas actividades que ponen en peligro seriamente no sólo el derecho a la vida (digna) de los pueblos y comunidades indígenas, sino del medio ambiente en sí. La deforestación de la Amazonía, pulmón de la tierra, y de otras zonas de la tierra en que habitan comunidades indígenas es y debe ser colocada en prioridad por los tribunales en aras a su debida sanción.

Constatamos que, si bien las vulneraciones al derecho a la tierra (y derechos conexos) tienen su resguardo en el ámbito regional, no parece tenerlo en el ámbito internacional. Ello referido a cuanto supongan violaciones de Derechos Humanos. Así, la vía más idónea para los pueblos indígenas, en cuanto a la protección de sus tierras (y con ello de sus vidas) parecen ser las cortes regionales que, por otra parte, se muestran mucho más cercanas que los organismos internacionales, a los problemas diarios que sufren. Claro que esto no puede suponer una renuncia a denominar crimen a esas graves violaciones.

Hemos comprobado igualmente que las mismas acciones pueden o intentan ser tratadas en el ámbito del castigo penal, que las más graves vulneraciones de los Derechos Humanos pueden suponer crímenes internacionales; sin embargo, en este escenario, no existe reacción positiva por parte de la Corte Penal Internacional por más que la anterior fiscal, Bensouda, pusiera su voluntad en priorizar estas cuestiones.

No podemos sino extraer como consecuencia que dejamos a modo de pregunta ¿no satisfacen el test Bensouda, no parecen alcanzar el umbral de gravedad necesario para ser caso seleccionado y priorizado en esta sede, más allá de que se califique por los comunicantes al amparo del artículo 15º del ER. o incluso por sectores de la doctrina, como (posible) crimen de lesa humanidad?

Está por ver qué constituye un acto grave para la Corte, y en consecuencia, su admisión como crimen. No nos mostramos optimistas en este sentido y la tardanza en responder nos retrae aún más de confiar en lo que las comunicaciones afirman u otros foros de defensa de los derechos de los pueblos y comunidades indígenas. Antes, incluso, que la prueba gravedad-interés para la justicia, creemos que el principio, base del sistema de Roma, el principio de complementariedad muestra claroscuros. Acciones escaparaté iniciadas en escenarios como Brasil, por referirnos a uno de los casos expuestos,

muestran cómo se invoca aquel, pudiendo impedir o al menos dilatar una acción decidida por parte de la Corte. Pero la complementariedad es básica en el sistema, es un principio que coloca a la CPI como *last resource* y, en cualquier caso, se sustenta más allá de la soberanía de los Estados en la cercanía, en que la justicia doméstica tiene en el escenario de perpetración de los (presuntos) crímenes.

Claro que el hecho de seleccionar y priorizar de entre posibles casos los que, cumpliendo con el principio de complementariedad, se revelen como graves y de interés para la justicia, ya supone que la Corte, que el sistema de Roma necesita que los Estados cumplan con los compromisos adquiridos y proporcionen también a aquella de los medios materiales necesarios para alcanzar todo escenario cuya investigación se precisa.⁵⁴¹ La cooperación con la Corte se muestra más que necesaria.

Por otra parte, hemos comprobado (en especial en el caso de Brasil y el momento en el *Asunto Chevron*) que la llamada al delito ambiental ayuda a poner de manifiesto el daño causado a los pueblos indígenas. Pero el crimen ambiental, el ecocidio está lejos de alzarse como quinto crimen en el Estatuto de Roma por falta de verdadera voluntad de los Estados. La Asamblea de Estados Parte de 2021 es un buen ejemplo de lo que afirmamos.⁵⁴² Un problema añadido es la definición (acordada entre Estados) del «ecocidio»: sabemos que uno de los crímenes más antiguos de la historia, el de agresión, tardó décadas en conceptuarse. Este del ecocidio parece seguir el mismo camino.

Ante la ausencia de una justicia penal regional en este ámbito de lo criminal, de acciones que van más allá de las vulneraciones a los Derechos Humanos, es la justicia doméstica donde, en ocasiones, hemos vislumbrado una luz como en el asunto Shell y Esther Kiobel,⁵⁴³ aunque fuera finalmente un espejismo, la llamada, aún hoy, a investigar y responsabilizar sancionando debidamente a quien resulte culpable. Sin embargo, diferentes intereses no ayudan a que el panorama sea más positivo. Si el instrumento sobre empresas

⁵⁴¹ En este sentido, véase la «Resolution ICC-ASP/6/Res.2 Adopted at the 7th plenary meeting, on 14 December 2007, by consensus» ICC-ASP/6/Res.2 Strengthening the International Criminal Court and the Assembly of States Parties en parágrafo 46 y ss.

⁵⁴² Pueden consultarse las resoluciones aprobadas en <https://asp.icc-cpi.int/resolutions/sessions/2021-20th-Session>.

⁵⁴³ Véase la última decisión, con fecha 23 de marzo de 2022 (en este caso en ECLI:NL:RBDH:2022:2448).

y Derechos Humanos se encuentra, después de más de una década, en fase de borrador, aún queda un largo camino por recorrer.

Con lo anterior, no es sorprendente el bajo nivel de confianza que los pueblos indígenas tienen en la justicia internacional por las razones antes mencionadas. Aquella tiene recursos personales suficientes para atender a su particular cultura sin que sea preciso poner un nuevo obstáculo como sería el de la modificación de la estructura institucional de la Corte. Así, urge que los Estados incorporen las prácticas que dañan las tierras de las comunidades indígenas, estableciendo genuinos medios de sanción en sus ordenamientos, y mientras, seguir depositando su confianza en las cortes regionales que —especialmente en el área latinoamericana— se muestran más protectoras e incluso, pioneras en esta defensa de la tierra, de los derechos de los pueblos indígenas.

2. Algunas notas sobre el fuero indígena y la jurisdicción especial indígena⁵⁴⁴

2.1. Introducción

Nosotros no dependemos de una Ley normativa, sino una ley de origen, que nos fue legada desde antes; [...] La libre determinación, desde nuestra concepción, no se puede limitar solamente a un documento escrito impuesto desde las comprensiones y el derecho no indígena [...] « nos regimos por leyes y códigos diferentes, nuestros mandatos vienen desde el origen del mundo, los cuales nos orientan nuestro comportamiento en los territorios donde nos dejó el Padre Creador, así como establecen las formas de interrelación con todos los seres existentes en el mundo [...] Nosotros nos regimos por la palabra, por los sueños, por signos, por otras formas de ser y estar en el mundo.⁵⁴⁵

La existencia de Estados en los que coexisten diferentes ordenamientos denominados plurilegislativos no es un fenómeno infrecuente en los sistemas jurídicos actuales, lo que puede deberse a particulares estructuras

⁵⁴⁴ Esta sección es una reproducción del siguiente texto: Iglesias Vázquez, M.A. (2023). «Algunas notas sobre el fuero indígena y la jurisdicción especial indígena», en *Cuadernos de Derecho Transnacional* (Marzo 2023), Vol. 15, N° 1, pp. 422-441.

⁵⁴⁵ «Derecho a la libre determinación de los Pueblos Indígenas y Tribales». OEA/Ser.L/V/II. Doc. 413. Comisión interamericana de Derechos Humanos. 28 diciembre 2021, p. 31.

territoriales (como la española) o diferencias *ratione personae*⁵⁴⁶ Ello origina problemas relativos a la determinación de la autoridad llamada a conocer del asunto planteado y de las normas aplicables para resolver el fondo de la cuestión, así como del reconocimiento de las decisiones adoptadas por aquella, fenómeno que es bien conocido en el Derecho Internacional privado y en el derecho interregional. Dentro del segundo grupo de ordenamientos mencionados con la diferencia por razón de la persona (Estados con diferente base personal) situamos el fuero especial indígena y su jurisdicción. Como recordó la Corte Constitucional De Colombia en la sentencia T-1105-08,⁵⁴⁷ los derechos de las comunidades indígenas no pueden ser confundidos con los derechos colectivos de otros grupos humanos, a la vez que consideró que estas son un «verdadero sujeto colectivo y no ... una sumatoria de individuos particulares que comparten una serie de derechos o intereses difusos». Esto pone de relieve que existen unos derechos distintos, de las comunidades indígenas, que no son asimilables a los derechos colectivos de otros grupos humanos.

Las comunidades indígenas son, en sí mismas, sujetos de derechos fundamentales. «La comunidad indígena ha dejado de ser solamente una realidad fáctica y legal para pasar a ser “sujeto” de derechos fundamentales». De ello da muestra la doctrina y la jurisprudencia.⁵⁴⁸ Y, así, del desarrollo de esta realidad y, con ella, del derecho a la libre determinación de estos pueblos y del reconocimiento de una identidad particular con una cultura propia y su práctica (con todo lo que ello implica), deriva el fuero indígena. Estas afirmaciones no serían posible sin una amplia comprensión de lo que signifique, de un lado, el hecho y la identidad cultural indígena, de su alcance y sus implicaciones, y, de otro, del desarrollo del principio de la libre determinación de los pueblos que «begins and ends with threat of secession and dismemberment of the state»,⁵⁴⁹ conectándose fundamental-

⁵⁴⁶ Calvo Caravaca, A.L., Carrascosa González, J. (Dirs.) (2020). *Tratado de Derecho Internacional privado*. Tomo 1. Tirant lo Blanch, pp.634 y ss.

⁵⁴⁷ «Sentencia de 6 de noviembre de 2008». Corte Constitucional de Colombia (<https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2008/t-1105-08.htm>). La Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) utiliza la letra «T» para identificar las acciones constitucionales de tutela y la letra «H» para las decisiones de hábeas corpus. República de Colombia. Corte Suprema de Justicia. Circular 04 de 2014, p. 2.

⁵⁴⁸ «Sentencia T-380» Corte Constitucional de Colombia, 1993. En este mismo sentido, apoyándose en los artículos 1, 83, 84 y 191 de la *Constitución* de Ecuador, se pronuncia Llasag Fernández, R. (2006). «Jurisdicción y competencia en el derecho indígena o consuetudinario». *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, p. 751.

⁵⁴⁹ Berman, H.R., Lyons, O. Falk, R.A. (2016). «Indigenous Peoples and the Right to Self-Determination. Proceedings of the Annual Meeting» *American Society of International Law* 87, p. 190.

mente en el derecho a la autonomía o autogobierno, a tener sus propias instituciones, controlar sus territorios, recursos, mantener un determinado orden político, social y cultural sin interferencia externa, estableciendo las relaciones con la sociedad «dominante» y el Estado sobre la base del consentimiento.⁵⁵⁰ «Control and consent are the principal concepts underlying this approach».⁵⁵¹

Debemos precisar que en este trabajo nos centramos principalmente en el área hispanoamericana donde destaca, diríamos notablemente, el caso de Colombia, al haber pronunciado su Corte Constitucional el mayor número de sentencias invocadas después por otros Estados. Por lo que se refiere a la estructura de esta contribución y aunque el orden competencia-ley aplicable-reconocimiento se nos revele el orden lógico de exposición, al tratar esta cuestión del fuero indígena no podemos sino comenzar por la determinación del fuero y su alcance personal, material, geográfico y de otro orden, ya que la determinación de estos es fundamental para ponderar la cuestión de la jurisdicción de forma más acertada.

Así, después de establecer el marco legal en que este pluralismo jurídico «ordinario-indígena» halla su base jurídica, pasaremos a analizar el reconocimiento del fuero indígena en el orden interno de los Estados donde ha alcanzado rango constitucional, sin perjuicio de destacar otros en que parece encontrarse en fase de desarrollo y donde existen problemas de calado, para detenernos después en el fuero, su concepto, sus elementos, las materias que abarca y los límites en cuanto a su aplicación. Después, trataremos la cuestión de las autoridades llamadas a impartir la justicia especial indígena y el reconocimiento de sus decisiones; ello, tras una breve, pero necesaria y previa referencia a la identidad cultural, en cuyo reconocimiento encontramos «la base de las bases»: «two key concepts in international human rights law that build the protection of indigenous peoples: cultural identity and self-determination» señala Monteiro de Matos.⁵⁵²

⁵⁵⁰ «Derecho a la libre determinación de los pueblos indígenas y tribales». Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 2021.

⁵⁵¹ Berman, Lyons, Falk, 2016, p. 191.

⁵⁵² Monteiro de Matos, M. (2018). «Cultural Identity and Self-Determination as Key Concepts in Concurring Legal Frameworks for the International Protection of the Rights of Indigenous Peoples» en Lagrange *et al.* (Eds.). (2018). *Springer International Publishing AG*. Springer Nature, p. 273. Ver también Lee, H. (2012). «The Identity Argument for National Self-Determination», *Public Affairs Quarterly*, 26(2), 123-139.

2.2. El reconocimiento de la identidad cultural como base del reconocimiento del fuero especial indígena

La identidad cultural no es sino un reflejo directo del principio de dignidad humana. «Human Rights inherently invoke a challenge in the analysis of identity-formation and cultural heterogeneity dynamics, which are significant in the contemporary global democratic politics».⁵⁵³ El respeto a aquella pasa por garantizar que toda persona tiene el derecho «a identificarse con uno o varios pueblos y a no ser asimilado, en contra de su voluntad, a una determinada comunidad o cultura». Es un derecho síntesis que abarca tanto derechos individuales como colectivos.⁵⁵⁴ En la sentencia T-1105/08, antes mencionada, la Corte Constitucional de Colombia afirmó que (la identidad cultural) «se proyecta en dos dimensiones: una colectiva y otra individual».⁵⁵⁵ Según la Corte, el sujeto del derecho es la comunidad dotada de singularidad propia, lo que no supone «que no se deban garantizar las manifestaciones individuales de dicha identidad, ya que la protección del individuo puede ser necesaria para la materialización del derecho colectivo del pueblo indígena al cual pertenece».⁵⁵⁶ De forma similar la Suprema Corte de Justicia mexicana se pronunció, entre otras, en el recurso Amparo Directo 6/2018.⁵⁵⁷ Con esta doble visión se logra amparar tanto al grupo, comunidad como sujeto de derecho, como a quienes lo integran.

En esta consideración de derecho fundamental de la identidad cultural de la persona, comprendemos que esta no se proyecte sólo en el territorio de la comunidad sino allá donde el individuo despliega sus acciones.⁵⁵⁸ Parece que, de lo contrario, de constreñir su ejercicio a aquel lugar determinado podría conducir a situaciones de segregación y exclusión. Y, puesto que par-

⁵⁵³ Pande, D., Jha, M. (2016). «Cultural Identity and Human Rights: Minority Claims, Ethnic Identity and Group Rights». *Open Journal of Political Science*, 6, pp. 351-362.

⁵⁵⁴ Véase «La identidad cultural es un derecho fundamental de naturaleza tanto individual como colectiva». *Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador*. CIDH e IWGIA. Sentencia de 27 de junio de 2012, párrafo 217, p. 106.

⁵⁵⁵ Corte Constitucional de Colombia, 2008, p. 25.

⁵⁵⁶ «Sentencia T-778-05 de 27 de julio de 2005». Corte Constitucional de Colombia. 2005, punto 4.2.

⁵⁵⁷ «Recurso de Amparo Directo 6/2018». Suprema Corte de Justicia de la Nación, México. Primera Sala., parágrafo 64, p. 28.

⁵⁵⁸ Al respecto de «territorio», este puede estar situado en más de un Estado. Las delimitaciones estatales no coinciden con las indígenas, lo que no deja de plantear un problema adicional al estar sometidas a más de una legislación estatal. En el ámbito europeo, los Sami habitan en la parte más septentrional, en Noruega, Suecia, Finlandia y la Federación Rusa.

timos del reconocimiento de la diversidad cultural de las personas y de los grupos y su tratamiento en igualdad entendemos tal extensión. No obstante, diferenciamos el derecho individual de otros derechos de carácter colectivo, que sí se circunscriben al territorio en que el grupo habita; en este sentido, mencionemos a modo de ejemplo, el consentimiento previo libre e informado, el derecho a ser consultados en las actividades que se llevan a cabo en sus tierras.⁵⁵⁹ La Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) tuvo oportunidad de afirmar esta proyección extraterritorial, *ad ex.*, en el *asunto Saramaka*, de 2007.⁵⁶⁰ Más allá de la mera declaración de un derecho, el reconocimiento jurídico en los órdenes internos es una cuestión que ha sido objeto de tratamiento por los tribunales y, así, la Corte Constitucional Colombiana, mediante una profunda y amplia comprensión de lo que significa el derecho a la cultura, a la identidad cultural, ha determinado, que la competencia para juzgar o el derecho que les es aplicable, puede ser ese derecho determinado, concreto, que deriva de su autoidentificación como indígena. Hasta que no ha habido un reconocimiento de ese derecho humano a una identidad cultural propia, a ejercer una cultura determinada por parte de un grupo que comparte valores comunes, el derecho de los pueblos indígenas no se ha desarrollado en la forma adecuada a sus naturales exigencias. En el apartado siguiente expondremos el desarrollo de este derecho.

2.3. Panorama general del reconocimiento legal (y jurisprudencial) de un derecho propio de los pueblos indígenas

En el orden internacional, recordemos que el Derecho de los Pueblos y Comunidades indígenas disfruta de un reconocimiento relativamente nuevo en el tiempo. El artículo 1º (común) del *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos* (PIDCP) de 1966 y del *Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales* (PIDESC) del mismo año, afirma el derecho de los pueblos indígenas a determinar libremente su condición política y perseguir libremente su desarrollo económico, social y cultural; el «Convenio 169», texto específico sobre los derechos de estos pueblos, proclama la obligación de los Estados parte de tomar en consideración las costumbres o el derecho consuetudinario de los pueblos y comunidades indígenas o el

⁵⁵⁹ Corte Constitucional de Colombia, 2005.

⁵⁶⁰ «Sentencia de 28 de noviembre de 2007», *Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam*. Corte IDH. (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas). Serie C, n.º 172, párrafo 164.

derecho de conservarlos, así como sus instituciones, con el establecimiento de «procedimientos para solucionar los conflictos que puedan surgir en la aplicación de este principio» en los artículos 7 a 10». Además, existen procedimientos específicos para las sanciones y su cumplimiento derivadas del orden penal⁵⁶¹, si bien, en su evolución, esta jurisdicción alcanza otros órdenes, como más adelante comprobaremos.

Por lo que se refiere a otros textos internacionales, la *Declaración* de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas,⁵⁶² de carácter de *soft law*, inserta este derecho y, así, el artículo 5º reza que «los pueblos indígenas tienen derecho a conservar y reforzar sus propias instituciones jurídicas»; y el artículo 34º proclama que los pueblos indígenas tienen el derecho a «promover, desarrollar y mantener sus estructuras institucionales y sus propias costumbres, espiritualidad, tradiciones, procedimientos, prácticas y, cuando existan, costumbres o sistemas jurídicos, de conformidad con las normas internacionales de Derechos Humanos».

En un ámbito más restringido, la *Declaración americana Sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas* de 2016 proclama, en el artículo VI, el derecho a sus sistemas o instituciones jurídicas y titula el artículo XXII «Derecho y jurisdicción indígena».⁵⁶³ La Convención americana de Derechos Humanos no contiene mención explícita al fuero indígena y a la jurisdicción especial indígena, pero han sido reconocidos por la Corte IDH al analizar la personalidad jurídica del artículo 3º o el artículo 21º (propiedad privada) y, en general, merced a una interpretación amplia del *corpus iuris* de los Derechos Humanos. La Corte ha hecho un reconocimiento del derecho propio de los pueblos y comunidades indígenas a través –fundamentalmente– de asuntos en que se planteaba el derecho a las tierras ancestrales. En el *Asunto Yakye* de 2005⁵⁶⁴ hace referencia a sus tradiciones y expresiones orales, a sus costumbres, al derecho consuetudinario, filosofía y valores, lo que califica de patrimonio cultural inmaterial, resaltando la especial dependencia que se da entre los pueblos originarios y sus territorios que define sus modos de solución de conflictos.

⁵⁶¹ Véanse los artículos 9º y 10 del «Convenio 169» de la OIT.

⁵⁶² *Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas*. NACIONES UNIDAS. Asamblea General. A/RES/61/295.

⁵⁶³ *Declaración americana Sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas*. Naciones Unidas. Asamblea General. AG/RES. 2888 (XLVI-0/16), de 15 de junio de 2016.

⁵⁶⁴ *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay*. Corte IDH.

En el *Asunto Lhaka Honhat* de 2020⁵⁶⁵ La Corte IDH señala en el párrafo 155 que la personalidad jurídica debe ser reconocida a las comunidades de modo que posibilite la adopción de decisiones sobre la tierra conforme a sus tradiciones y modos de organización. En el caso del sistema africano de protección de los Derechos Humanos, la *Carta* reconoce que los pueblos tienen el incuestionable e inalienable derecho a la autodeterminación en el artículo 20°, derecho este que ha sido objeto de desarrollo en el asunto *Ogiek*. Se trata de un texto que integra un catálogo de derechos individuales y colectivos. Finalmente, en el caso europeo, si algo caracteriza al Tribunal Europeo de Derechos Humanos, hasta ahora, es la escasa o nula atención prestada a los problemas, en general, de las comunidades indígenas europeas. Por lo que se refiere al derecho interno, no todos los Estados donde existan pueblos y comunidades indígenas reconocen este derecho en sus Constituciones, como ya señalamos antes. Si bien las posturas pueden, después, describir otro escenario interno ante la reacia actitud de compromiso con el Derecho internacional mostrada por algunos Estados, no cabe duda de que su inserción en las cartas magnas suponen un estadio de extraordinaria importancia en aras al reconocimiento de lo que no es sino un derecho derivado de la afirmación del «otro», de su identidad cultural particular y del derecho a la libre determinación, entendida esta como derecho al autogobierno, respetando siempre la soberanía e integridad territorial, como claramente señala, entre otros, la Corte africana y de los Pueblos en el mencionado asunto *Ogiek* o la CIDH.⁵⁶⁶

El área iberoamericana, como antes se señaló, se muestra como el espacio donde este reconocimiento ha logrado una mayor acogida, insertándose *ad ex.* en las Constituciones de Argentina (artículo 75°), Bolivia (artículos

⁵⁶⁵ *Caso Comunidades Indígenas Miembros de la Asociación Lhaka Honhat (Nuestra Tierra) vs. Argentina*. Corte IDH.

⁵⁶⁶ «Application 006/2012». African Court of Human and Peoples Rights. 2012. En el párrafo. 199 la Corte señala que «provided such groups or communities do not call into question the sovereignty and territorial integrity of the State without the latter's consent. It would in fact be difficult to understand that the States which are the authors of the Charter intended, for example, to automatically recognize for the ethnic groups and communities that constitute their population, the right to self-determination and independence guaranteed under Article 20 (1) of the Charter, which in this case would amount to a veritable right to secession». Ver, también, el trabajo de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, párrafo 77, citado en este trabajo en pie de página 1, en el que se dice «(a)simismo, respondiendo a esta preocupación, tanto la *Declaración* de la ONU como la OEA sobre pueblos indígenas contienen disposiciones que advierten que nada contenido en las mismas puede ser interpretada en el sentido de que autoriza o alienta acción alguna encaminada a quebrantar o menoscabar, total o parcialmente, la integridad territorial o la unidad política de Estados soberanos independientes».

1°, 7°, 32°, 141°, 171°), Brasil (artículo 231°), Colombia (artículo 7° y 246°), Ecuador (capítulo IV), México (artículo 2°), Perú (artículo 2° y 149°) o Venezuela (artículos 1° y 260°). En otras áreas y sin ánimo de ser, en este punto, exhaustivos, señalamos que la *Constitución* sudafricana reconoce el derecho indígena, de carácter consuetudinario y que debe sujetarse a la *Constitución*, al orden público, a las normas de justicia natural y a la ley. En Papúa Nueva Guinea, la *Constitución de 1975* lo incluye en el artículo 172°: «united in one nation», reconoce «the worthy customs and traditional wisdoms of our people—which have come down to us from generation to generation». En Canadá se percibe una lenta evolución y, si bien «there is an established rationale for the recognition of Indigenous law within the Canadian legal system», no lo es menos que «(the) courts are still reluctant to acknowledge the authority of Indigenous law on the same basis as federal and provincial legislation». Los asuntos *Whalen vs. Fort McMurray n.º 468 First Nation* o *Alexander vs. Roseau River Anishinabe First Nation* y *Pastion v Dene Tha' First Nation* sirven de base a Gunn y O'Neill para afirmar *que son una prueba de que* «the Federal Court has begun to seriously engage with Indigenous law as law». ⁵⁶⁷ En el marco del proceso de reconciliación canadiense, en 2017 se aprobaron los Principles Respecting the Government of Canada 's Relationship with Indigenous Peoples. ⁵⁶⁸ El primero de ellos ya reconoce el derecho al autogobierno. En Australia existe también un grado de reconocimiento en el sentido de que existen tribunales especializados en cuestiones indígenas ⁵⁶⁹, pero, en fin, no parece estar tan desarrollado como en el área hispana, espacio donde, considerado en general, existe no sólo un mayor número de habitantes indígenas sino, insistimos, un derecho bastante más evolucionado en cuanto a la atención a los derechos de estos pueblos, por más que no sea un «sistema perfecto».

2.4. El fuero indígena

2.4.1. Concepto y caracteres

Por fuero indígena podemos entender, siguiendo a Colmenares, el «conjunto de normas de tipo tradicional con valor cultural, no escritas

⁵⁶⁷ Gunn, K., O'Neil, C. (2021). «Indigenous Law & Canadian Court», Blog de *First Peoples Law*.

⁵⁶⁸ Pueden consultarse en <https://www.justice.gc.ca/eng/csj-sjc/principles-principes.html>.

⁵⁶⁹ Los asuntos de la High Court of Australia sobre estas materias pueden consultarse en <http://www.austlii.edu.au>.

ni codificadas, que están perpetradas en el tiempo y que son transmitidas oralmente por los miembros de una comunidad para luego ser reconocidas y compartidas por el grupo social». ⁵⁷⁰ Ramírez Restrepo identifica el fuero «con la compilación de normas y procedimientos especiales que regulan todo el escenario de las relaciones entre la sociedad nacional y los diferentes pueblos indígenas». ⁵⁷¹ La Suprema Corte de Justicia mexicana señala que es «el derecho del que gozan los miembros de las comunidades indígenas a ser juzgados y resolver sus conflictos sobre un suceso determinado por parte de las autoridades de su propia comunidad». ⁵⁷² Ello añadimos, según sus propias normas y costumbres. Recordando el carácter que apuntábamos arriba de derecho fundamental, su finalidad es la de proteger la conciencia étnica del individuo y, junto a este carácter individual, la de erigirse en garantía para las comunidades indígenas al proteger su diversidad cultural. Apuntan Díaz Ocampo y Antúnez Sánchez (2016) que se basan en los principios de solidaridad, reciprocidad y colectividad. ⁵⁷³ Como caracteres, señala San Miguel Mora (2017) que es un derecho preexistente, coexistente, autónomo, independiente y alternativo, ⁵⁷⁴ lo que puede predicarse en su conjunto, pues uno de los elementos comunes, a la vez que diferenciador, es el de que no existe un único derecho indígena sino tantos como pueblos e incluso comunidades. Común es el hecho de que se trata de normas no escritas (al menos en principio) basadas, reiteramos, en la tradición y en las costumbres y en esta señalada transmisión oral y generacional. El carácter de consuetudinario implica su aceptación como derecho materializado en la repetición de actos. Szpak señala lo que es común a los pueblos indígenas y tribales y a su particular sentido de la Justicia: «They believe that the aim of justice is to restore peace and harmony within the community by achieving reconciliation of the perpetrator of a crime or a harm with the victim and community at large». ⁵⁷⁵

⁵⁷⁰ Colmenares Olivar, R. (2005). «El derecho consuetudinario en Venezuela: balance y perspectivas» *Revista IIDH*, vol. 41, p. 83, p. 99.

⁵⁷¹ Ramírez Restrepo, R.A. (2013) «El fuero indígena en Colombia». *Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM*. Biblioteca Jurídica Virtual. Instituto Interamericano de Derechos Humanos, p. 197.

⁵⁷² «Sentencia de 21 de noviembre de 2019». Suprema Corte de Justicia de México. Sala Primera (6/2018), párrafo 161.

⁵⁷³ Díaz Ocampo, E. Antúnez Sánchez, A.I. (2016). «El conflicto de competencia en la Justicia indígena del Ecuador». *Revista Temas Socio Jurídicos*, vol. 35, n.º 70, p. 101.

⁵⁷⁴ San Miguel Mora, J. (2017) «La consolidación de la jurisdicción indígena en México, en el siglo XXI. Interpretación y experiencia judicial desde la perspectiva de los Derechos Humanos. Realidad social y filosofía política con un enfoque diferenciado» *Revista IIDH*, vol. 65, p. 326.

⁵⁷⁵ Szpak, 2019, p. 3.

Por lo que se refiere al carácter de preexistente, tanto la ley como la jurisprudencia o la doctrina reconocen que existían una serie de usos y costumbres a modo de normas antes de la aplicación de los diferentes derechos europeos⁵⁷⁶ con los que, en adelante, coexistieron en muy diferentes niveles de intensidad y forma y que lo hacen actualmente con el fuero ordinario de cada uno de los Estados donde las comunidades indígenas se encuentran.⁵⁷⁷ El artículo 191º de la *Constitución ecuatoriana* señala ese carácter tradicional ancestral, lo que se aplica más allá del Estado Ecuatoriano. Las obras de Francisco de Vitoria, Francisco Suarez o Bartolomé de las Casas, nuestra propia historia, nos ofrecen este rasgo de modo suficiente. Coexiste con el derecho común y sirve a los fines específicos, de regular la convivencia entre los miembros del grupo determinado.

En esta dirección, comprobamos ciertos problemas de «convivencia» que ha dado lugar a una rica casuística y la colocación de la norma suprema del Estado, de la *Constitución* (derecho ordinario), por encima del fuero indígena. Coexiste y se diferencia, por ejemplo, en el concreto ámbito de la justicia penal en cuanto al fin que persigue el castigo o la pena o sanción que buscan la restauración de la armonía comunitaria y el resarcimiento del daño producido. Regalado sostiene que «las penas, en la justicia comunitaria, no se detienen principalmente en la culpabilidad dolosa o subjetiva, los hechos son objetivos y las sanciones se aplican sobre la base de la confesión y el arrepentimiento».⁵⁷⁸

Está claro que el régimen de producción no puede compararse con el ordinario, toda vez que aquel es ancestral, basado en las costumbres particulares de estos pueblos, a la vez que vivo y evolutivo (como puede ser igualmente el ordinario). El carácter autónomo es señalado por Colmenares quien recuerda, refiriéndose a Venezuela, que esta autonomía «había sido reconocida con anterioridad con la creación de la Ley de Misiones en 1915».⁵⁷⁹ Además, el sistema de organización en cuanto a la elección de las autoridades llamadas a resolver conflictos es independiente y, en él, gozan

⁵⁷⁶ Con esta expresión queremos hacer una referencia amplia a las normas que diferentes Estados aplicaron. En algunos Estados, se les aplicó un «régimen de misiones y a los convenios que celebraran el Gobierno y la autoridad eclesiástica». Sobre esta cuestión, la sentencia 496-96 hace un breve, pero muy ilustrativo repaso en epígrafe 2.3.

⁵⁷⁷ Podríamos señalar que es preexistente a todo y coexistente en parte.

⁵⁷⁸ Regalado, J. A. (2012). «De las sanciones y las penas en las Justicia Indígena» en *Bases para la Resolución de los Casos. Elementos y técnicas de pluralismo político*. UNAM. p. 106.

⁵⁷⁹ Colmenares, 2005, p. 86.

de libertad y de reconocimiento por parte del orden ordinario que no puede intervenir en este sistema interno.

Por lo que se refiere, finalmente, a su carácter alternativo, este no significa libertad de acogerse a uno u otro, ni el aplicar el fuero o no, puede estar sometido a la voluntad de la autoridad indígena. La falta, en general, de leyes de coordinación entre fueros es un factor que influye enormemente. «El fuero especial indígena tiene como condición previa, la existencia de una autoridad comunitaria capaz de emitir un juicio conforme a un sistema jurídico tradicional»⁵⁸⁰ y de unas normas aplicables al caso que se presente. Un indígena podría preferir acogerse a la jurisdicción nacional, cuando acredite, por ejemplo, que la indígena no está en condiciones de garantizar el debido proceso. Para la Corte Colombiana, resulta posible también, en ciertas circunstancias, imponer la jurisdicción indígena y, desde luego, procede ésta en conflictos internos en que actor y afectado, incluido el bien, son indígenas. De otra parte, sí existe la posibilidad de acudir a la vía ordinaria que, entonces, habrá de acomodarse a la realidad cultural de estos pueblos, en el caso del indígena residente en grandes urbes en México.⁵⁸¹

2.4.2. *Elementos para su aplicación*

A efectos de establecer cuándo se aplica el fuero indígena, la sentencia de la Corte Constitucional colombiana T-975-14⁵⁸² recordó que, de acuerdo con su jurisprudencia, son varios los elementos a ponderar: el subjetivo, el orgánico o institucional, el elemento geográfico y el objetivo. Para que este sistema despliegue su fuerza, deben concurrir:

⁵⁸⁰ «Compilación y selección de los fallos y decisiones de la Jurisdicción Especial Indígena. 1980-2006». Consejo Superior de la Judicatura de Colombia, p. 569.

⁵⁸¹ El Decreto por el que se expide la Ley de Derechos de los pueblos y barrios originarios y comunidades indígenas residentes en la Ciudad de México, de 20 de diciembre de 2019, en el apartado 2 del artículo 54. «Sistemas tradicionales de justicia» establece que «Asimismo, para dirimir sus conflictos internos, las personas de pueblos, barrios o comunidades podrán acudir ante las instancias de justicia ordinaria, las cuales deberán aplicar la perspectiva de interculturalidad en los diversos procedimientos. Gaceta Oficial de La Ciudad de México n.º 43.

⁵⁸² «Sentencia de 18 de diciembre de 2014». Corte Constitucional de Colombia, 2014. Esta Corte se ha ocupado de esta cuestión de los elementos en numerosas sentencias: S. T-496/96, T-344/98, T-667A/98, T-934/99, T-728/02, A.E.V. C-127/03, T-552/03, T-811/04, T-1238/04, T-009/07, T-364/11, T-642/14, T-208/15, T-685/15, T-208/19.

- a) Un elemento humano, es decir un sujeto o grupo diferenciado por su etnia y su identidad cultural.
- b) Un elemento orgánico, que se concreta en la existencia de autoridades tradicionales llamadas a ejercer y mantener el debido control en la o las comunidades.
- c) Un elemento normativo, que se refiere a la existencia de ese fuero, de ese derecho basado en prácticas y costumbres» tanto en materia sustantiva como procedimental».
- d) Un ámbito geográfico, ya que el fuero, en principio, opera en el territorio de la comunidad sin perjuicio de extender su campo de acción en determinados supuestos. Las tierras, deben estar tituladas y registradas según las disposiciones legales del Estado y han de delimitarse por el Estado con participación de las comunidades, lo que ha sido objeto de numerosos asuntos en sede judicial nacional y regional (Cortes regionales de protección de Derechos Humanos).
- f) Un factor de adecuación (congruencia) puesto que el orden jurídico tradicional de las comunidades nunca puede ir en contra de la *Constitución*, ni de la ley, ni de los Derechos Humanos.

Con las precisiones que seguidamente estableceremos, valga por ahora señalar que, en general, el fuero indígena desplegaría su acción cuando estemos ante una situación en las que 1) se halla presente un sujeto indígena, 2) la acción se produce en las tierras de una comunidad indígena, 3) no se trata de una materia reservada y 4) existen en el grupo autoridades tradicionales y normas a aplicar. Sin embargo, a pesar del establecimiento de estos criterios que, en principio, parecen poco mutables, la práctica pone de manifiesto la dificultad en su aplicación, precisando matización los dos primeros criterios, operando los restantes como límite y como vacío. Nos detenemos pues a valorar el elemento objetivo y territorial para precisar posteriormente el elemento material y el institucional-orgánico, adelantando que, por lo que respecta al elemento subjetivo, la aplicación al indígena ha sido objeto de precisión jurisprudencial y doctrinal, toda vez que la interacción de aquél con el no indígena no es banal y en ella se han de medir factores como la afectación de su cultura. En cuanto al elemento territorial, la casuística muestra que no es elemento determinante en todas las materias y supuestos: *ad ex.*, no es relevante y cede cuando estamos ante una materia reservada por el Estado. Así, los principales problemas de apli-

cación de las normas comunitarias y de las ordinarias se producen cuando alguno de estos elementos entra en quiebra. Valga, además, apuntar por qué para que se aplique este derecho especial se ha de ponderar el bien jurídico afectado (si este lesiona a la comunidad o a la «cultura mayoritaria»). Ello con independencia de que el sujeto sea indígena o no y del lugar en que se produzca la acción. Pasamos, pues, a analizar algo más en profundidad estos elementos.

2.4.3. El elemento subjetivo, el estatus de indígena: problemas de aplicación

Hablar de «indígena» supone abordar la ya tradicional problemática surgida en torno a su definición, cuestión que excedería el necesario límite de este trabajo. Tomando como referencia aquella que apunta a la autoidentificación propia y del grupo, señalemos los fundamentos que nos proporciona la Organización Internacional del Trabajo en el «Convenio 169»: la OIT explica que los elementos que definen a un pueblo indígena son tanto objetivos como subjetivos; los primeros incluyen: (I) la continuidad histórica, v.g. se trata de sociedades que descienden de los grupos anteriores a la conquista o colonización; (II) la conexión territorial, en el sentido de que sus antepasados habitaban el país o la región; y (III) instituciones sociales, económicas, culturales y políticas distintivas y específicas, que son propias y se retienen en todo o en parte. El elemento subjetivo corresponde a la auto-identificación colectiva en tanto pueblo indígena.

El problema que se plantea a la hora de determinar la aplicación del fuero deviene, en la práctica, por la afectación (total o parcial, consciente o inconsciente, voluntaria o involuntariamente) de tal identidad, lo que se produce en el marco de la interacción con el no-indígena, y muy especialmente respecto de aquellos que han abandonado sus comunidades con el mero ánimo de encontrar una mejor posición económica. Así, esto será un factor para valorar por las autoridades encargadas de aplicar el derecho, que habrán de ponderar hasta qué punto la desaparición o la contaminación de su cultura, es elemento determinante que conduzca a la aplicación del derecho ordinario. En la sentencia T-496/96,⁵⁸³ la Corte Constitucional de Colombia pone de manifiesto que se debe analizar «su nivel de conciencia étnica y el grado de influencia de los valores occidentales hegemónicos»,⁵⁸⁴

⁵⁸³ «Sentencia T-496/96». Corte Constitucional de Colombia, 1998, epígrafe 2.2 b.

⁵⁸⁴ *Id.*, p. 12.

ponderando «la falta de comprensión del contenido y alcance social de su conducta».⁵⁸⁵ Esto conduce a que el sujeto deba ser, en justicia, juzgado por sus propias autoridades. La Corte no desaprovecha, en este asunto, para señalar que el desconocimiento no deriva «de una inferioridad en las capacidades intelecto-volitivas»⁵⁸⁶, sino de una diferencia valorativa. De forma similar se pronuncia la misma Corte en la sentencia T-081/15⁵⁸⁷ en la que manifiesta que el elemento personal puede quedar desvirtuado «cuando las circunstancias del caso concreto permiten determinar que la persona ha sufrido un proceso de pérdida de identidad cultural o «aculturación», siempre que esa situación tenga incidencia en el hecho punible (o nocivo) investigado». De «error de comprensión culturalmente condicionado» nos habla la sentencia de la Corte Nacional de Justicia del Ecuador recaída en el asunto 0044-2017.⁵⁸⁸

Y a efectos de dirigir el asunto al fuero ordinario, en la sentencia T-921/13⁵⁸⁹ sobre el «fuero indígena», la Corte Constitucional de Colombia afirma: «Además, no debe olvidarse que el demandante se alejó de su comunidad, no accidentalmente, sino por deseo propio, debiendo asumir los riesgos que se derivan de su acción». En igual sentido, en México, la jurisprudencia afirmó que «la comunidad rechazó el conocimiento del asunto ya que el individuo había salido de la misma desde muy joven y dejó de participar activamente como miembro de esa colectividad indígena».⁵⁹⁰ Stephens, aludiendo a la afectación del indígena que se traslada a la ciudad, señala que la marginación y la discriminación conduce a que rechacen su autoidentificación a conciencia. «Some evidence suggests that this stigma can also mean that it begins to regard themselves and their physical difference».⁵⁹¹ En estos casos la fuerza del fuero indígena es objeto de un «peritaje cultural» a modo de valoración. En definitiva, la autoridad deberá hacer un juicio de valor sobre si existe pérdida suficiente de cultura, el grado de esta o el correcto entendimiento lo que va a determinar la aplicabilidad del fuero indígena o del ordinario.

⁵⁸⁵ *Id.*, p. 13.

⁵⁸⁶ *Id.*, p. 13.

⁵⁸⁷ *Id.*, p. 28.

⁵⁸⁸ «Sentencia 0044-2017». Corte Nacional de Justicia de Ecuador, 2017, p. 19.

⁵⁸⁹ «Sentencia T-921/13 de 5 de diciembre de 2013», Corte Constitucional de Colombia, 2013, p. 59.

⁵⁹⁰ «Toca Penal 678/2012». Primer Tribunal del Décimo Tercer Circuito, Oaxaca, 2012.

⁵⁹¹ Stephens, C. (2015) «The indigenous experience of urbanization» en Grant, P. (2015) *State of the World's Minorities and Indigenous People*. Minority Rights Watch International, p. 59.

2.4.4. *El elemento geográfico*

Refiriéndose a la cuestión del fuero indígena y a su extensión (aplicación), la Corte Constitucional de Colombia decía también, partiendo del elemento antes señalado, que: «No es cierto que la actividad de las jurisdicciones indígenas esté condicionada a que hayan ocurrido los hechos dentro de su ámbito territorial». Junto a esta afirmación la Corte va ponderando el factor geográfico con el personal (culturas involucradas y conciencia del acto), «el grado de aislamiento o integración del sujeto frente a la cultura dominante, la afectación del individuo frente a la sanción, etc.». En este caso, el juez ha de «armonizar las diferentes circunstancias de manera que la solución sea razonable».

Con ello, no sólo nos ofrece un juego de combinación de factores, sino que también da respuesta a una de las cuestiones que se ponen de manifiesto cuando se señalan los elementos del fuero: la de si son precisos todos los elementos o algunos, pero, en general, observamos que este elemento no es determinante.

No faltan autores que han establecido diferentes supuestos ofreciendo una solución al derecho que se aplica según este factor geográfico,⁵⁹² pero hemos advertido diferencias de soluciones entre los ofrecidos y los que la jurisprudencia colombiana ha señalado, lo que no sorprende, puesto que como hemos advertido, los pueblos y comunidades indígenas se rigen por diferentes costumbres y tradiciones. En un escenario en que nos puede parecer, a primera vista, que se ha de aplicar el derecho de la comunidad como afirma Llasag (dos indígenas pertenecientes a la misma comunidad y que han cometido un acto punible en su territorio), la sentencia T-349-96 la Corte Constitucional de Colombia decidió consultar a la comunidad sobre su disponibilidad para juzgar y sancionar conforme a sus costumbres, o si consideraban que habían de ser los jueces ordinarios quienes llevarán a término el juzgamiento.⁵⁹³ En el caso de un indígena que comete un acto fuera de su comunidad y contra miembros de su comunidad, puede juzgar

⁵⁹² Sobre esta suerte de división, ver Llasag, 2006, 755-757, referido particularmente a Ecuador.

⁵⁹³ «En el mes de septiembre de 1994, el actor y otro indígena de la misma comunidad, fueron capturados por los «auxiliares locales» del Cabildo local de Purembará, por su participación en el homicidio de Jesús Edgar Niaza Dobigama, también perteneciente a la comunidad indígena embera-chamí». Y más adelante «escaparon del calabozo y se entregaron voluntariamente a la Fiscalía 24 de Belén de Umbría, argumentando que habían sido amenazados de muerte por miembros de su comunidad y que habían sido objeto de torturas». La jurisdicción ordinaria

la comunidad afectada, aunque la Corte colombiana ya indica que, en este caso, el juez puede enfrentar múltiples situaciones no solucionables razonablemente mediante una regla general de territorialidad.⁵⁹⁴

Colmenares, refiriéndose a problemas que puedan surgir fuera del ámbito geográfico indígena «cuando las mismas se produzcan entre indígenas, no revistan carácter penal y no afecten derechos de terceros no-indígenas y siempre que la jurisdicción indígena decida asumir dichas controversias» resalta la proyección extraterritorial. En este caso las normas, usos y costumbres indígenas son las llamadas a resolver la controversia⁵⁹⁵. Además, apunta un interesante escenario resuelto en el ordenamiento venezolano de toda persona no indígena incorporada por nexos familiares o por cualquier otro vínculo a la comunidad indígena, siempre que resida en la misma a la que puede aplicarse el derecho de esta.⁵⁹⁶

A los anteriores supuestos añadimos, ahora, una resolución diferente aportada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos como es el de los actos intercomunitarios, pero que se proyectan en un ámbito externo. Al respecto, interesa traer el informe de la Comisión en el asunto *Gran Cacique Michael Mitchell contra Canadá*,⁵⁹⁷ que tiene su origen en la imposición de un gravamen aduanero opuesto, según el actor, a los «derechos aborígenes y contractuales», consagrados en la *Constitución* del Canadá.⁵⁹⁸ Con ello, el demandante argumentó la violación del derecho aborígen al comercio con otros pueblos autóctonos («First Nations»), en definitiva, el «derecho a la cultura» dispuesto en el artículo XIII de la *Declaración americana*.

suspendió su actuación ante el fallo condenatorio de la comunidad que los actores consideraban atentaba contra el principio del derecho al juicio justo (entre otros).

⁵⁹⁴ «Sentencia T-523/97». Corte Constitucional de Colombia. Llasag, apunta varias soluciones: que conozca la autoridad donde los hechos se produce o las autoridades de los dos o, incluso, una de ellas de mutuo acuerdo, «Jurisdicción y competencia...». Véase también Llasag, cit, 2006 p. 756.

⁵⁹⁵ Colmenares, 2005, p. 104.

⁵⁹⁶ *Ley Orgánica de Pueblos y Comunidades Indígenas*. CEPAL. 2005, artículo 126º: «A los efectos de este Capítulo, se entenderá por integrantes toda persona indígena, que forme parte de una comunidad indígena. También se considerará como integrante, toda persona no indígena integrada por vínculos familiares o por cualquier otro vínculo a la comunidad indígena».

⁵⁹⁷ «Informe n.º 74/03 de 22 de octubre de 2003». Petición 790/01. Comisión Interamericana de Derechos humanos, 2003.

⁵⁹⁸ Sobre Canadá y su relación con la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, véase., Gómez Gamboa, D. (2012) «El rol de Canadá frente a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en el contexto de la OEA». *Cuestiones Jurídicas. Revista de Ciencias Jurídicas de la Universidad Rafael Urdaneta*. Venezuela. vol. 6, n.º 1.

En el «Informe n.º 61/08, caso 2.435, decisión de 25 de julio de 2008 sobre el Fondo Indígena»⁵⁹⁹ se pone de manifiesto el problema del derecho indígena y la esfera territorial de aplicación, ya que la frontera posterior señalada divide el territorio Akwesasne e impide el comercio entre las naciones indígenas del Canadá. Se alegó que el comercio es un elemento distintivo de la cultura mohawk, pero el Estado canadiense interpretó al respecto que el derecho a participar en la vida cultural de la comunidad no incluye el comercio como aspecto cultural y que el artículo 13º no protege un comercio libre de impuestos.⁶⁰⁰ La Comisión reafirma que «todos los Derechos Humanos deben ser leídos en conjunción con otros derechos y están sujetos a limitaciones razonables que tengan en cuenta los derechos de los demás y los intereses de todos»⁶⁰¹. Así, la Comisión sostuvo que «el Estado tiene derecho a ejercer el control de sus fronteras mediante los mecanismos de los gravámenes, aranceles y restricciones, siempre que esos mecanismos no violen los derechos de sus ciudadanos».⁶⁰² En base a este argumento hace decaer la pretensión del actor.

2.5. Límites de la aplicación del derecho indígena

2.5.1. *La primacía de la Constitución y la observancia de los Derechos Humanos*

Un primer límite a la aplicación del fuero indígena vendría dado por la contravención de este con los Derechos Humanos o con las disposiciones de las *Cartas Magnas* de los Estados. Por mencionar algunas, la *Constitución boliviana* expresa que las costumbres y procedimientos de las autoridades de las comunidades indígenas no deberán ser contrarias a la *Constitución* y las leyes; la *Constitución colombiana* precisa que las normas y procedimientos a aplicar

⁵⁹⁹ «Informe n.º 61/08», caso 2.435, decisión de 25 de julio de 2008 sobre el Fondo Indígena.

⁶⁰⁰ DECLARACIÓN AMERICANA DE DERECHOS Y DEBERES DEL HOMBRE. Aprobada en la Novena Conferencia Internacional americana, Bogotá, Colombia, 1948 Artículo XIII. Toda persona tiene el derecho de participar en la vida cultural de la comunidad, gozar de las artes y disfrutar de los beneficios que resulten de los progresos intelectuales y especialmente de los descubrimientos científicos. Disponible en <https://www.oas.org/es/cidh/mandato/basicos/declaracion.asp>.

⁶⁰¹ COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Informe n.º 61/08 cit., parágrafo82.

⁶⁰² Dice la Comisión: «cuando se aplican a todas las personas, independientemente de su origen étnico o cultural».

por las autoridades de los pueblos indígenas no deberán ser contrarios a la *Constitución* ni a las leyes de la República; la *Constitución ecuatoriana* señala que las normas y procedimientos de las autoridades indígenas no deberán contrariar a la *Constitución* ni a los Derechos Humanos reconocidos en instrumentos internacionales; en la de México se apunta a las constituciones y leyes de las entidades federativas; en el caso de Perú, la *Constitución* recalca que las comunidades campesinas y nativas podrán ejercer sus funciones jurisdiccionales siempre que éstas no violen los derechos fundamentales de la persona. Y, por último, en Venezuela la *Constitución* apunta la ley y el orden público. Por lo tanto, el problema que se plantea es doble: por un lado, la determinación de las concretas normas que se superponen y que jerárquicamente desplazan al fuero especial y, de otra, no menos compleja, la determinación de los actos que podemos decir, en general, son contrarios al orden público y los que constituyen vulneración de los derechos de la persona, ámbito donde hallamos ciertas diferencias no sólo entre los distintos fueros indígenas sino con relación a lo que se considere vulneración a un derecho fundamental, como es el caso de la integridad personal.

En este sentido, después de afirmar que algunas sanciones en los sistemas jurídicos vulneran derechos fundamentales (y de ahí la referencia constitucional a los Derechos Humanos) Regalado sostiene que deben ser abordadas «desde una mirada intercultural y con clave pluralista, que no se puede juzgar sólo desde el punto de vista de las normas del sistema ordinario sino que también hay que respetar las formas establecidas en los sistemas indígenas y buscar una solución intermedia».⁶⁰³ Esta es una afirmación que nos parece peligrosa por cuanto puede dar cabida a la admisión de determinados métodos de castigo corporal como nos hace ver Cabedo Mallol.⁶⁰⁴ Para este último, el reconocimiento y respeto de la diversidad étnica y cultural nunca puede llevarnos a aceptar violaciones de los Derechos Humanos insistiendo en la necesidad de una ley de coordinación, en Colombia, que regule las relaciones entre la jurisdicción ordinaria y la indígena y ayudar a traer más claridad al discurso enfrentado entre el entendimiento de los Derechos Humanos desde la perspectiva indígena y la no indígena; así, el del senador del pueblo Páez, Jesús Enrique Pinacué cuando afirma que «no todos los Derechos Humanos desarrollados por occidente se encuentran por encima de nuestro derecho a la autonomía». Pero, efectivamente «prin-

⁶⁰³ Regalado, 2012, p. 108.

⁶⁰⁴ Cabedo Mallol, V.J. (2000) «Forum II: Propuestas de desarrollo constitucional y jurisprudencia: derecho indígena y Derechos Humanos».

cipios y derechos como la colectividad, la armonía o la diversidad cultural, no son incompatibles con los derechos individuales tan esenciales como la vida o la prohibición de la tortura, tratos inhumanos o degradantes» afirma acertadamente Cabedo Mallol. Mencionemos que en el ordenamiento de Bolivia el linchamiento (artículo 5º) sí está prohibido.⁶⁰⁵

Las Sentencias T-349 de 1996 y T-523 de 1997, de la Corte colombiana, consideran que las sanciones penales indígenas del cepo y del fuste, respectivamente, no constituyen una práctica de tortura ni trato inhumano o degradante...y aquí la crítica, con la que acordamos, del autor mencionado de que el Alto Tribunal se equivoca cuando considera que las sanciones penales indígenas del cepo y del fuste, respectivamente, no constituyen una práctica de tortura ni trato inhumano o degradante. Sin poder entrar ahora en más valoraciones, recordemos que la *Declaración Universal de los Derechos Humanos* de 1948 fue un texto de consenso entre diferentes sociedades occidentales y no occidentales.

2.5.2. Límite material del fuero especial indígena

Junto con los límites antes apuntados, habría que señalar, con carácter previo, que no todos los ordenamientos de los Estados cuentan con una norma que clarifique esta cuestión⁶⁰⁶ ante los frecuentes enunciados generales de tan amplio alcance.⁶⁰⁷ No sin razón se ha señalado que los tribunales se

⁶⁰⁵ Ley n.º 073 de Deslinde Jurisdiccional, de 29 de diciembre de 2010. Gaceta Oficial del Estado Plurinacional de Bolivia de 29 de diciembre De 2010.

⁶⁰⁶ «La problemática de la coordinación entre el derecho del Estado y el derecho indígena constituye uno de los grandes retos que enfrentan los estados para reconocer la justicia indígena» señala Sierra, M.T. (2005). «Derecho Indígena y acceso a la justicia en México: perspectivas desde la interlegalidad. *Revista Interamericana de Derechos Humanos*, vol. 41, p. 295.

⁶⁰⁷ «Auto A206-21 de 5 de mayo de 2021». Corte Constitucional de Colombia, 2021. Llasag (2006, p. 755) sostiene que la «justicia indígena está facultada para regular y resolver situaciones y conflictos en todo tipo de materias, sin importar (su) gravedad y cuantía». Sostiene su afirmación en el «Convenio 169» y las disposiciones de la *Constitución Política de Ecuador*. El Código Orgánico de la Función Judicial (de Ecuador) no limita en el artículo 343 las materias dentro del ámbito territorial indígena. «Jurisdicción y competencia», cit., p. 755. En el caso de Venezuela, afirman Aguilar Castro, V. *et al.* que «la jurisdicción especial indígena tiene competencia para conocer todas las materias que juzgue conveniente, dentro del ámbito territorial propio (del pueblo indígena/comunidad) e incluso extraterritorialmente, respecto de sus miembros, bajo ciertas circunstancias. Ni los textos constitucionales de los países andinos, ni el “Convenio 169” establecen un límite en cuanto a las materias o la gravedad de hechos que puede conocer el derecho indígena». Aguilar Castro, V. *et al.* (2021). *La Jurisdicción Especial Indígena en Venezuela como Derecho Propio*, Universidad de los Andes.

erigen en una suerte de legisladores ante la ausencia de aquélla. Aun así, tratemos de realizar una suerte de concreción. Junto a ello, hay que tener en cuenta si se trata de una situación puramente interna o externa.

En el caso de Bolivia, el artículo 10° de la «Ley de Deslinde Jurisdiccional» señala las materias a las que no alcanza el fuero tanto en el orden penal, como civil, laboral u «otras reservadas» a jurisdicciones distintas. Respecto de la materia penal, exceptúa delitos al modo que efectúan, en general, otros Estados. Se trata de delitos graves como la «trata y tráfico de personas, tráfico de armas y delitos de narcotráfico. Los delitos cometidos en contra de la integridad corporal de niños, niñas y adolescentes, los delitos de violación, asesinato u homicidio»⁶⁰⁸ o de aquellos en que está en juego el interés del Estado o los crímenes internacionales.

Por lo que se refiere al orden civil, quedan fuera del alcance material el derecho que denomina «propietario», al igual que en el Derecho Agrario (rama independiente de la civil), y aquellos en que hay, igualmente, interés del Estado. Tampoco se aplica al Derecho Laboral, Derecho de la Seguridad Social, Derecho Tributario, Derecho Administrativo, Derecho Minero, Derecho de Hidrocarburos, Derecho Forestal, Derecho Informático, ni Derecho Internacional público y privado.

En el caso colombiano, las comunidades indígenas pueden conocer de casi cualquier tipo de controversia (de carácter civil, penal, laboral etc.) según jurisprudencia: se exceptúan en el ámbito penal los casos de delitos que desbordan la órbita cultural indígena⁶⁰⁹ que, por su nocividad, deben ser tratados por la jurisdicción ordinaria, como es el caso del terrorismo, el delito de rebelión, el narcotráfico, el contrabando, el lavado de activos, el porte ilegal de armas, la corrupción al sufragante y los delitos de lesa humanidad». ⁶¹⁰ Por lo que se refiere a Ecuador, Llasag Fernández, apoyándose en que la *Constitución* y el «Convenio 169» limitan las materias del fuero, entiende que «el derecho y la justicia indígenas están facultados para regular

⁶⁰⁸ Ley n.º 073 de Deslinde Jurisdiccional, de 29 de diciembre de 2010. Gaceta Oficial del Estado Plurinacional de Bolivia de 29 de diciembre De 2010.

⁶⁰⁹ «Auto A206-21, 2021, de la Corte Constitucional de Colombia», párrafo 34.

⁶¹⁰ *Id.*, 34. Cuenta con el voto contrario de la Magistrada Diana Fajardo Rivera, basado en el desconocimiento de que la rebelión sí es conocida en el derecho indígena: en realidad basa su decisión en la supuesta existencia de limitaciones definitivas a la competencia material de la jurisdicción especial indígena para conocer de ciertos asuntos, posición que, en mi criterio, se aleja de la mejor práctica constitucional, vertida, entre otras, en las sentencias citadas.

y resolver situaciones y conflictos en todo tipo de materias, sin importar ‘[su] gravedad o cuantía»,⁶¹¹ apoyándose en Irigoyen.

Desde el derecho comparado podemos hacer una distinción entre el derecho público y el derecho privado, a efectos de revelar las materias sobre las que existe una aceptación en cuanto a formar parte del fuero indígena y, en consecuencia, de las que se puede conocer la jurisdicción especial. Previamente hay que recordar que el desarrollo de este aspecto material puede variar de escenario, de Estado a Estado según haya un mayor reconocimiento o desarrollo de los derechos de estas comunidades.

Así, en cuanto al derecho público, se aplica en el ámbito del derecho penal, campo en el que la jurisprudencia es abundante, si bien se deben valorar los elementos geográfico, personal y la inserción o no de la conducta en el fuero indígena, exceptuando, en cualquier caso, materias que han quedado señaladas (a menos que se compruebe un grado de degradación cultural, como puso de manifiesto la sentencia T-617-10 en un caso relacionado con abusos sexuales).⁶¹² No sólo la jurisprudencia colombiana sino la boliviana nos ponen de manifiesto esta limitación. Otras materias de derecho público y en tanto se desarrollan en interacción con los demás grupos no alcanzan su aplicación (impuestos).

En el ámbito del derecho privado, en el campo concreto de las relaciones familiares sí se aplica y cada vez es mayor el reconocimiento de las uniones tradicionales y las relacionadas con la gestión de las tierras. Respecto de estas, es fundamental tener en consideración el principio internacional del consentimiento previo, libre e informado⁶¹³ sobre las actividades que se llevan a cabo en sus tierras que son inalienables, principio que hallamos en

⁶¹¹ Llasag Fernández, 2006, p. 755.

⁶¹² Podemos leer en esta sentencia «Mario sufrió un proceso de pérdida de la identidad indígena porque, de acuerdo con declaraciones de la víctima, la invitó a hacer lo que hacen en la televisión, es posible desvirtuar el elemento personal cuando las circunstancias del caso concreto permiten determinar que la persona ha sufrido un proceso de pérdida de identidad cultural o «aculturación», siempre que esa situación tenga incidencia en el hecho punible (o nocivo) investigado)».

⁶¹³ Sobre la cuestión y aunque referido al área Latinoamericana, vid., Derecho a la consulta y al consentimiento previo, libre e informado en América Latina, 2015. Fundación para el Debido Proceso.

textos⁶¹⁴ y jurisprudencia;⁶¹⁵ y sobre cuyos beneficios también se ha proclamado el derecho a la participación en los beneficios.⁶¹⁶ Así, el Estado debe titularizar y llevar un adecuado registro de las tierras.⁶¹⁷

2.6. La Jurisdicción especial indígena

2.6.1. Aproximación conceptual

Por jurisdicción especial indígena entendemos la facultad, reconocida, generalmente, por la constitución, de «administrar justicia en todas las ramas del derecho, en forma autónoma, integral e independiente de acuerdo con los usos y costumbres ancestrales, las normas y procedimientos propios y la legislación indígena especial vigente dentro de su ámbito territorial»⁶¹⁸, si bien, la jurisprudencia nos ha mostrado que la sombra de esta legislación no desaparece cuando el individuo indígena se halla fuera de sus tierras. Ya dejamos señalado arriba que algunas *Constituciones* reconocen esta jurisdicción especial.⁶¹⁹

Según la sentencia de la Corte Constitucional de Colombia, T-975-14⁶²⁰ es parte de la rama judicial e implica el reconocimiento de un poder legislativo para dichas comunidades, por lo que de acuerdo con sus usos y prácticas tradicionales desplazan a las normas y disposiciones nacionales respecto a aspectos como la definición de la competencia orgánica o los procedi-

⁶¹⁴ El «Convenio 169» de la OIT ya proclamó el derecho a la consulta y la *Declaración* de Naciones Unidas de 2007 suma la obtención de su consentimiento previo, libre e informado.

⁶¹⁵ La Corte Interamericana de Derechos Humanos ofrece amplia jurisprudencia al respecto: *Caso del Pueblo Saramaka. vs. Surinam*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2007, *Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku Vs. Ecuador*. Fondo y reparaciones. parágrafo 177. Sentencia de 27 de junio de 2012.

⁶¹⁶ «Sentencia de 25 de noviembre de 2015». *Caso Pueblos Kalina y Lokono Vs. Surinam*. Fondo, Reparaciones y Costas.

⁶¹⁷ Este deber fue proclamado por la jurisprudencia del sistema interamericano desde el Caso de la *Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni Vs. Nicaragua*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2001.

⁶¹⁸ Proyecto de Ley de Coordinación del Sistema Judicial Nacional y la Jurisdicción Especial Indígena del Consejo Superior de la Judicatura colombiana, artículo 2°.

⁶¹⁹ Artículo 246. Las autoridades de los pueblos indígenas podrán ejercer funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial, de conformidad con sus propias normas y procedimientos, siempre que no sean contrarios a la *Constitución* y leyes de la República. La ley establecerá las formas de coordinación de esta jurisdicción especial con el sistema judicial nacional.

⁶²⁰ «Sentencia 975-14 del 18 de diciembre de 2014 de la Corte Constitucional de Colombia.

mientos de juzgamiento. Más recientemente, el Auto 206/21 dice que es un derecho autonómico de carácter fundamental y que «para su ejercicio deben atenderse los criterios que, de conformidad con la jurisprudencia de la Corte Constitucional y el Consejo Superior de la Judicatura, delimitan la competencia de las autoridades tradicionales». Esta decisión señala que, aunque el fuero indígena ocupa un papel central, no es el único factor determinante de esa competencia pues «se define en función de la existencia de autoridades, sistemas de derecho propio basados en usos y costumbres tradicionales, y procedimientos conocidos y aceptados en la comunidad. Es decir, en torno a una institucionalidad».⁶²¹

El concepto proporcionado no varía sustancialmente en otros escenarios. Colmenares⁶²² resalta esta facultad consagrada en el artículo 260º de la *Constitución de la República Bolivariana de Venezuela*, mediante la cual las autoridades legítimas de dichos pueblos y comunidades tienen (y siempre han tenido) la potestad de resolver los conflictos entre sus integrantes dentro de sus espacios territoriales (hábitat), de acuerdo a sus tradiciones ancestrales. En cuanto a quiénes sean estas autoridades, «Se considera autoridades indígenas legítimas a las personas, instancias colectivas o instituciones que cada pueblo o comunidad indígena establece y designa según sus propias reglas y para las funciones que dichos pueblos definen».⁶²³ Señala Ramírez Restrepo que «la determinación de la competencia es fundamental en la asistencia judicial de los integrantes de las comunidades indígenas pues de ella dependen los soportes legales y constitucionales».⁶²⁴ Claro que estamos ante una realidad en evolución de la que es ejemplo la observada hoy en cuanto a materias que la jurisdicción indígena conoce o puede conocer y al elemento geográfico lo que constituye un verdadero «laberinto» en palabras de Burgos Guzmán.⁶²⁵ Por su parte, Regalado⁶²⁶ alude a que «no sólo comprende la capacidad de *notio* (conocer), *juditio* (juzgar) sino también de *coertio* (capacidad de ejercicio de la violencia legítima)» y en esta *coertio* advertimos diferencias en cuanto a la ordinaria al buscar aquella la restauración del orden, fundamentalmente, así como en ciertas penas que en

⁶²¹ «Auto 206-21», 5 de mayo de 2021, Corte Constitucional de Colombia.

⁶²² Colmenares, 2005, p. 83.

⁶²³ *Id.*, p. 97.

⁶²⁴ Restrepo, 2013, p. 193.

⁶²⁵ Burgos Guzmán, F.E. (2008). «Entre la justicia indígena y la ordinaria» *Revista Derecho del Estado*, p. 101.

⁶²⁶ Regalado, 2012, p. 99.

algunas comunidades existen, de dudosa compatibilidad con los Derechos Humanos.

Con el reconocimiento de la jurisdicción especial indígena, se produce una dualidad de sistemas que coexisten y en la que se producen ciertos problemas de competencia conflictos de competencia positivos o negativos. En efecto, estos surtirán cuando «dos o más autoridades que administran justicia y pertenecen a distintas jurisdicciones se disputan el conocimiento de un proceso, bien sea porque estiman que a ninguna le corresponde (negativo), o porque consideran que es de su exclusiva incumbencia (positivo)». ⁶²⁷ En general, son las *Constituciones* y sus órganos de interpretación y aplicación, los llamados a resolver este tipo de conflictos.

En el caso colombiano, la Corte Constitucional es la instancia competente para resolver los conflictos de competencia entre jurisdicciones, de conformidad con el numeral 11 del artículo 241° de la *Constitución Política*. En el caso de Venezuela, el principio de *supremacía constitucional* se encuentra en el artículo 7° del texto constitucional, y deviene en igual consecuencia: «toda controversia o conflicto generado entre la jurisdicción especial y la jurisdicción ordinaria será conocida por el máximo tribunal de la República».

González Alcántara ⁶²⁸ señala que, en el caso de que exista duda sobre qué tipo de jurisdicción debe aplicarse (ordinaria o indígena), los juzgadores deben verificar distintos factores (personal, territorial, objetivo e institucional) siguiendo la sentencia de amparo directo 6/2018 de la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación el 21 de noviembre de 2019, en la que se reconoce el derecho de las comunidades y pueblos indígenas a ejercer su jurisdicción y resolver conforme a sus sistemas normativos. ⁶²⁹

Esto en el mismo sentido que la jurisprudencia de la Corte Constitucional de Colombia (por ejemplo, la sentencia T-921/13). ⁶³⁰ Con la dificultad que entraña establecer un (verdadero) primer precedente en el que se considere que las autoridades indígenas debían resolver un determinado asunto y no la ordinaria, señala San Miguel Mora que fue, en México, el

⁶²⁷ «Auto 206-21», parágrafo 15, Corte Constitucional de Colombia.

⁶²⁸ González Alcántara, J.L. (2022). «La Jurisdicción indígena como una manifestación del diálogo jurisprudencial». En Cervantes, A. et al. (2022). *Aportes de Sergio García Ramírez al sistema interamericano de derechos humanos. Volumen II*. Universidad Autónoma de México.

⁶²⁹ González Alcántara, 2022, p. 72.

⁶³⁰ «Sentencia T-921/13». Corte Constitucional de Colombia, 2013.

Toca Penal 99/2013 de 23 de septiembre de 2013⁶³¹ en el que el magistrado Rubén Paulo Ruiz Pérez consideró que el asunto debía declinar competencia en favor de las indígenas pese a que dicha conducta aconteció fuera del territorio indígena. Valga traer aquí la idea criticada por Burgos Guzmán y sostenida en la práctica por alguna comunidad, por la que en virtud de su facultad, la jurisdicción especial indígena puede declinar en favor de la ordinaria sin que ello suponga «denegación de justicia». En efecto, parece que el Consejo Superior de la Judicatura de Colombia, sí considera que no se puede rechazar, máxime cuando concurren los demás elementos que señalaremos para la aplicación del fuero indígena.⁶³²

2.6.2. Sistema organizativo

En cuanto a las persona o personas llamadas a materializar esta facultad, las autoridades, el sistema varía no sólo de un Estado a otro, sino de una comunidad a otra, pudiendo haber, claro está, similitudes, pero en aplicación de esa capacidad de autogobierno que poseen, libres son de establecer un sistema determinado que siempre se reconocerá como válido por las de las demás comunidades. En algunos Estados existen hay creados «Tribunales de Derecho Consuetudinario», por citar el creado en Costa Rica con carácter comunitariamente limitado.⁶³³ La Ley Indígena (Nº 6172 de 1977) en su artículo 4º, determina el derecho de los indígenas a organizarse en «sus estructuras comunitarias tradicionales. Lo fundamental es que exista una institución habilitada para impartir justicia.

⁶³¹ El texto del citado Toca Penal se encuentra disponible en http://w3.cjf.gob.mx/sevie_page/consulta_sisrep/documentos/13-TU01-MX-57043-12957-13218663-201310081230.DOC.

⁶³² Burgos Guzmán, 2008, 105-106.

⁶³³ Sobre la cuestión y el grado de reconocimiento ver Chacón Castro, R. (2005) «El sistema jurídico indígena en Costa Rica: Una aproximación inicial», *Revista IIDH*, vol. 41, pp. 119-149. El autor recuerda que «El derecho de los pueblos indígenas a darse su propia justicia, desde el punto de vista del reconocimiento del sistema dominante, encuentra su fundamento más remoto –como también sucede en el caso de los fundamentos del derecho territorial indígena– en la propia legislación colonial. Un Decreto Real de 1815 refiere el mandato de reestablecer los cacicazgos «y justicias de indios que se extinguieron de echo (sic)». (Archivo Nacional)», p. 137. Véase también sobre este Tribunal, el estudio realizado por Nukada, Y. (2020). «¿El Tribunal de Derecho Consuetudinario de Cabagra como reactivación de la tradición?: un análisis etnográfico de «justicia indígena» en Costa Rica». *Cuadernos de Antropología*. 30(2).

2.6.3. El reconocimiento de decisiones y sus límites

Por lo que se refiere al reconocimiento de sus decisiones, la jurisdicción indígena no requiere el de los órganos del Estado para su existencia, señala Mora (2015). El pleno respeto al derecho al autogobierno derivado del principio de libre determinación lleva implícito que las decisiones tomadas por la jurisdicción especial sean reconocidas por la ordinaria.⁶³⁴ El artículo 171° de la *Constitución* Política del Ecuador proclama que «El Estado garantizará que las decisiones de la jurisdicción indígena sean respetadas por las instituciones y autoridades públicas. Dichas decisiones estarán sujetas al control de constitucionalidad. La Ley establecerá los mecanismos de coordinación y cooperación entre la jurisdicción indígena y la jurisdicción ordinaria» y, antes, el artículo 75 i) señala que «Nadie podrá ser juzgado más de una vez por la misma causa y materia. Los casos resueltos por la jurisdicción indígena deberán ser considerados para este efecto».⁶³⁵

Con un añadido respecto a la fuerza de cosa juzgada en el ámbito del Estado, la *Constitución* de Venezuela proclama la obligación de respetar y acatar estas decisiones por parte del Estados y de terceros (las partes, obviamente). Eso sí, con el límite de que «no sean incompatibles con los derechos fundamentales establecidos en la *Constitución* de la República Bolivariana de Venezuela, los tratados, pactos y convenciones internacionales suscritos y ratificados por la República y de conformidad con la presente Ley».⁶³⁶

En Bolivia, la «Ley de Deslinde Jurisdiccional» coloca a la jurisdicción indígena (ordinaria campesina) en igualdad jerárquica con la ordinaria,

⁶³⁴ San Miguel Mora, J. (2015). «La consolidación de la jurisdicción indígena en México, en el siglo XXI. Interpretación y experiencia judicial, desde la perspectiva de los Derechos Humanos. Realidad social y política con un enfoque diferenciado». *Instituto Interamericano de Derechos Humanos. Biblioteca Jurídica Virtual*, p. 326. En este sentido, véase también la «Sentencia T-188/15» de la Corte Constitucional de Colombia (T-4.615.074), 2015.

⁶³⁵ Capítulo cuarto «Función Judicial y justicia indígena» artículo 171.- Las autoridades de las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas ejercerán funciones jurisdiccionales, con base en sus tradiciones ancestrales y su derecho propio, dentro de su ámbito territorial, con garantía de participación y decisión de las mujeres. Las autoridades aplicarán normas y procedimientos propios para la solución de sus conflictos internos, y que no sean contrarios a la *Constitución* y a los Derechos Humanos reconocidos en instrumentos internacionales. El Estado garantizará que las decisiones de la jurisdicción indígena sean respetadas por las instituciones y autoridades públicas. Dichas decisiones estarán sujetas al control de constitucionalidad. La ley establecerá los mecanismos de coordinación y cooperación entre la jurisdicción indígena y la jurisdicción ordinaria».

⁶³⁶ Cf. artículo 132° de la *Constitución de Venezuela*.

teniendo como límites el respeto a los Derechos Humanos y garantías constitucionales. Son de obligado reconocimiento a tenor del artículo 12°.⁶³⁷ En igual sentido, el artículo 15° del «Anteproyecto de Ley de Justicia de los Pueblos Indígenas de Bolivia» establece: «El Tribunal Constitucional, a través de la autoridad Judicial más cercana a la comunidad realizará el control de las violaciones a los derechos fundamentales y las garantías individuales en la aplicación del derecho consuetudinario». De similar redacción es el artículo 5° del Proyecto de la Ley sobre Administración de Justicia para Pueblos Indígenas del Perú. En el artículo 3° del Proyecto de Ley Indígena de Ecuador se establece que las decisiones tomadas por las autoridades indígenas tienen carácter obligatorio para las partes que intervengan en los procesos (indígenas y no indígenas, personas naturales o colectivas), es decir, tienen la misma fuerza obligatoria que las adoptadas por los demás órganos judiciales, causando incluso *cosa juzgada*, sin poder ser revisadas por otro órgano público, salvo los casos de violación de Derechos Humanos que serán conocidos por el Tribunal Constitucional.

En algunos estados mexicanos, como Oaxaca, existe una Sala de Justicia Indígena que puede convalidar la determinación emitida por la autoridad indígena u ordenar se emita una nueva resolución. Ahora bien, tal y como señaló la Corte Suprema, en el recurso de amparo en revisión 202/2021», la protección y validación de la jurisdicción indígena no implica necesariamente que se suspendan por completo los procedimientos jurisdiccionales de la justicia ordinaria en los que se vean involucrados indígenas».⁶³⁸

Entendemos, que no basta con la proclamación con que los textos proclaman el reconocimiento de la justicia indígena, sino que la práctica demuestra que existen problemas relacionados con la coordinación entre justicias, incluso en aquellos sistemas en que tanto la *Carta Magna* como normas de desarrollo⁶³⁹ atienden a esta necesaria relación en la letra. Y, así, no faltan

⁶³⁷ Artículo 12° de la *Constitución de Bolivia* (con carácter de obligatoriedad). I. Las decisiones de las autoridades de la jurisdicción indígena originaria campesina son de cumplimiento obligatorio y serán acatadas por todas las personas y autoridades. II. Las decisiones de las autoridades de la jurisdicción indígena originaria campesina son irrevisables por la jurisdicción ordinaria, la agroambiental y las otras legalmente reconocidas».

⁶³⁸ Cf. párrafos 51 y 52, p. 36 y 37 de la «Sentencia de la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación de México», de fecha 29 de septiembre de 2021.

⁶³⁹ Por ejemplo, el artículo 260° de la *Constitución* en Venezuela habla de la coordinación entre la jurisdicción especial indígena y la jurisdicción ordinaria; coordinación que está regulada en el artículo 134 de la Ley Orgánica de los Pueblos y Comunidades Indígenas (LOPCI), que establece que las decisiones emanadas de dicha jurisdicción, que atenten contra los derechos

autores que señalan que «a pesar de que la LOPCI establece la solución al problema que se pueda presentar ante un conflicto entre jurisdicciones, la real solución estaría enmarcada en la creación e implementación de un reglamento que regule la forma de coordinación».⁶⁴⁰

No es en el reconocimiento –general– de este derecho derivado de la libre determinación, del derecho a la auto organización que podemos encontrar en los textos internacionales o regionales, sino que es en la concreción de una norma de desarrollo donde, efectivamente, hallamos los problemas de aplicación relacionados con el ejercicio de este poder, primero, al definirlo, y después al determinar si se dan los elementos necesarios para materializar su potestad y establecer claramente el modo en que la comunicación tendrá lugar, máxime cuando se está estableciendo como límite el respeto a los Derechos Humanos (y a la *Constitución*). La relatora de Naciones Unidas, Tauli-Corpus puso de manifiesto esta necesidad en más de una ocasión.⁶⁴¹ Adelantamos, igualmente, que una de las cuestiones que observamos es que cuanto más se concreta este poder menos alcance tiene al estar limitado por la norma suprema, los Derechos Humanos o, incluso por normas infra constitucionales que, al limitar el alcance material, alcanzan el del poder jurisdiccional.

2.7. Ideas finales

El pluralismo legislativo no es un fenómeno infrecuente en los Estados. En aquéllos de base personal, en los que habitan pueblos y comunidades indígenas se ha reconocido el derecho a gozar de un derecho particular, propio, el fuero indígena. El fuero indígena y con su reconocimiento, el de la jurisdicción especial indígena, es un derecho internacionalmente reconocido desde que el «Convenio 169» reconociera los derechos de estos pueblos sin el carácter integrador o asimilacionista de su precedente, el «Convenio 107». Textos posteriores con carácter de *soft law*, como la *Declaración* de 2007, han reforzado dichos convenios, también a nivel regional. En cualquier

fundamentales establecidos en nuestra *Carta Magna*, serán incompatibles y, en consecuencia, de imposible cumplimiento y deberán ser remitidas a la jurisdicción ordinaria. Esta letra se nos muestra de todo punto incompleta.

⁶⁴⁰ Aguilar Castro, 2021, p. 44.

⁶⁴¹ «Informe de la relatora especial sobre los derechos de los pueblos indígenas sobre su visita a México». Naciones Unidas. A/HRC/39/17/Add.2. 2018.

caso, la labor de los Tribunales (en especial en sede nacional) se muestra fundamental en su desarrollo.

Es un Derecho Humano (y así ha sido reconocido) mantener una cultura propia y la libre determinación de las minorías y los pueblos indígenas. Así se ha proclamado internacionalmente, a nivel regional y en sede doméstica. Su aplicación se proyecta tanto en la vertiente individual como colectiva (el derecho de una comunidad a decidir los asuntos propios conforme a sus tradiciones y costumbres). Así, la base de todos estos textos es la identidad cultural y la libre determinación que el derecho les reconoce con el límite del respeto a la integridad del Estado.

Tan importante es que existan acuerdos internacionales ratificados por los Estados como que estos incorporen las consecuencias de sus disposiciones, lo que parece más complejo. El área latinoamericana se muestra como la más avanzada en este sentido. No podemos obviar, tampoco, que existen diferencias notables entre los desarrollos internos estatales del fuero indígena, en especial por lo que se refiere a la delimitación jurisdiccional y material.

Al existir más de un ordenamiento jurídico se producen problemas de aplicación que nos muestra una evolución que no está definida por el momento. Por más que se reconozca y se predique la no jerarquía, creemos que esta es debatible, pues la *Constitución* de los Estados se erige como norma que debe ser aplicada y reconocida por todos independientemente de su pertenencia a un grupo o no. Está por encima porque el respeto a la integridad territorial del Estado un puede verse, nunca, afectado.

Siendo el fuero indígena el conjunto de normas por las que estos pueblos y comunidades rigen su convivencia según sus tradiciones, usos y costumbres, su aplicación requiere de la concurrencia de un factor personal o subjetivo que presenta importantes problemas de aplicación en la práctica por cuanto los pueblos y comunidades indígenas viven en su mayoría interactuando con el resto de la sociedad a que pertenecen lo que puede influir, de un lado, en su cultura, en su pérdida total o parcial, involuntaria o voluntaria, por lo que se hace necesario un ejercicio de ponderación por parte de la autoridad judicial que conoce del caso en orden a establecer si se aplica el fuero ordinario o el especial, valiéndose de esa «pericia cultural» y del conocimiento del acto realizado. Junto a ese factor,

el geográfico, al desplegar su fuerza, el fuero, en el ámbito territorial de la comunidad, sin perjuicio de las excepciones que hemos señalado y, además, requiere la existencia de unas normas y procedimientos y de unas instituciones llamadas a aplicar ese derecho e impartir justicia. Al respecto, no cabe duda del reconocimiento y aceptación de que cada comunidad elija, según su entender, a las autoridades llamadas a impartir justicia en un caso determinado, cuestión que debe ser aceptada, igualmente, por el Estado y resto de comunidades.

El fuero indígena encuentra límites de aplicación en el respeto a la *Constitución* o el de los Derechos Humanos, lo que hemos comprobado, es objeto de debate y es que no faltan quienes entiendan que la interpretación de lo que supone una violación a aquellos, debe hacerse desde una perspectiva multicultural y, por ello, especialmente en el orden penal, se ponen de manifiesto diferencias de calado respecto a ciertas penas que, a nuestro entender, pueden constituir vulneraciones a la integridad de la persona: castigos corporales como los mencionados arriba, constituirían una vulneración a aquella y, más allá de nuestra consideración, comprobamos cómo alguna *Constitución*, como la de Bolivia, prohíbe expresamente alguno de estos castigos.

Respecto a las materias que abarca, y, por lo que al derecho privado se refiere, tiene extraordinaria importancia el derecho reconocido a gestionar las tierras conforme a sus tradiciones y usos. El principio del consentimiento previo libre e informado de las actividades a desarrollar en sus tierras es un buen exponente de la extensión que el derecho a la propiedad tiene, cuando no del derecho a la participación en los beneficios. También en este ámbito de lo privado, el derecho a reconocer determinadas formas de unión comparables a las matrimoniales. Sin embargo, esto es fuente de controversia y disparidades entre ordenamientos jurídicos, en el ámbito del derecho ordinario. En el ámbito del derecho público y en el concreto de lo penal parece tener un alcance más amplio.

No puede desconocerse el avance en favor del reconocimiento de estos pueblos que el Derecho Internacional ha efectuado, ni tampoco el esfuerzo en su integración en las cartas magnas de los Estados. Pero el desarrollo de las normas constitucionales nos muestra vacíos o inconcreciones que dificultan enormemente conocer el verdadero alcance que se reconoce a los derechos de los pueblos y comunidades indígenas. Son precisas normas de

coordinación entre los fueros. Entre tanto, serán los tribunales los llamados a efectuar estos ejercicios de ponderación de las circunstancias y elementos concurrentes en una situación determinada a efectos de establecer la aplicación del fuero indígena o del especial.

Epílogo

No quisiéramos terminar esta obra sin una consideración final que nos sirva para traer algunas de las ideas más relevantes que hemos tratado a lo largo de este trabajo. Podríamos preguntarnos por qué estamos hablando de los derechos de unos pueblos y de su reconocimiento; o, incluso antes, de quiénes son. Esta es una cuestión que el Derecho no ha resuelto de forma universal. En este punto, recordemos la idea expuesta por Albert K. Barume que explica cómo este término varía desde su significado colonial⁶⁴² hasta una suerte de definición a través de elementos que ofrece actualmente el Derecho Internacional, a falta de una noción completamente precisa. Estos son, siguiendo a Daes: la prioridad en el tiempo, la voluntad de perpetuar su particular cultura, la autoidentificación y el estado de subyugación, marginalización, desposesión, exclusión o discriminación «whether or not these conditions persist».⁶⁴³ Para Daes, que fue relatora de Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas, «el concepto de “indígena” no se presta a una definición precisa y amplia que pueda aplicarse de la misma forma a todas las regiones del mundo».⁶⁴⁴

Difícilmente se puede entender la realidad actual, tanto fáctica como jurídica, sin mirar al pasado de estos pueblos. Este nos muestra que, allá donde eran señores, pasaron a ser servidores de los recién llegados a sus tierras: desde el momento en que los europeos se lanzaron a la ocupación de territorios en América, en Asia o en África, los originarios se vieron privados de forma total o parcial de sus propiedades. Dentro de Europa ocurrió un fenómeno similar, como comprobamos en el caso de los Samis en los Estados más septentrionales del subcontinente. La forma de proceder a tal ocupación fue distinta, pero con igual resultado. Y, junto a este ocupar, la imposición de unas costumbres diferentes, de una cultura que les era desconocida y de difícil aceptación.

⁶⁴² Barume, 2014, pp. 24-53.

⁶⁴³ Véase «Doc. E/CN.4/Sub.2/AC.4/1996/2», cit., pp. 20-21.

⁶⁴⁴ *Id.*, parágrafo 9.

Así, por una parte, han planteado sus lógicas reclamaciones sobre sus hábitats y, de otra, por el respeto a su alteridad y al respeto a su dignidad como personas.

Por más que el colonialismo viera su final hace dos siglos en América y luego, especialmente en la década de los sesenta, en África y Asia, impulsado por la obra de las Naciones Unidas, los pueblos y comunidades indígenas no han visto mejorada su condición en la medida que podría esperarse. Dudosamente, en Europa. Los líderes, indígenas que impulsaron los movimientos conducentes a la independencia de las excolonias, no lograron poner fin a la situación de subyugación y discriminación que padecían sus congéneres, ni el reconocimiento de las tierras tomadas. Se habla de un legado colonial y de un neocolonialismo como razones para esta persistencia. En parte, puede ser así, pero es un hecho el de la dejación de un deber moral que fue dejado de lado y lo es aún actualmente. O este es nuestro parecer.

La situación actual de ocupación y, en ocasiones, de desplazamiento de sus tierras y de discriminación, continúa. Los asuntos ante los tribunales son una buena muestra de la problemática presente. Otra, la de una simple observación de las condiciones en que muchos viven en los escenarios geográficos mencionados.

No nos hemos ocupado en este trabajo de la cuestión relativa al desplazamiento del indígena a la ciudad y de la afectación cultural que puede producirse. Francisco Calí, actual relator de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas, se preocupó de este tema con el ánimo de presentar un informe a la Asamblea General de las Naciones Unidas en su 76º periodo de sesiones. La conclusión principal del informe del relator Calí hizo alusión a la adaptación ya la resiliencia en la vida en las grandes urbes, sin dejar de constatar una posible pérdida de identidad y desconexión con el marco de procedencia. La Corte Constitucional colombiana nos ofrece, a su vez, un buen elenco casuístico. Alrededor de las grandes ciudades se conforman cinturones de pobreza cuyos principales habitantes son indígenas. Y sin desplazamiento a las urbes, sus territorios, a menudo muy ricos en recursos naturales, siguen siendo objeto de ocupación económica o militar. Lo que tienen en común los casos presentados ante los órganos de protección de los derechos fundamentales es la interferencia en el goce del derecho a la tierra.

Tras la ocupación de la tierra, su uso y abuso, entra en juego la necesidad de dicha tierra en lo material y en lo espiritual. El asunto de los Endorois que hemos comentado ilustra perfectamente esta cuestión. Tomando las palabras de la profesora Camarero citando a Torrecuadrada: «[En la tierra] se encuentran los elementos esenciales de su cosmogonía, además de su fuente última de vida, sabiduría y religión, ya que sus ceremonias tradicionales se encuentran sistemáticamente unidas a la tierra, lo que hace que el elemento territorial desempeñe un papel irremplazable en ellas».⁶⁴⁵ El artículo 13. 2º del «Convenio 169» de la OIT hace alusión a «la importancia especial que para las culturas y valores espirituales de los pueblos interesados reviste su relación con las tierras o territorios..., y en particular los aspectos colectivos de dicha relación».

Con el riesgo de resultar reiterativo, volvemos a la idea de que el Derecho Internacional ha prestado atención a los pueblos y comunidades indígenas solo de forma reciente. La obra de la Organización Internacional del Trabajo es digna de ser resaltada, máxime teniendo en cuenta de que es una organización materialmente sectorial. Sin embargo, el Convenio 169 mencionado, fruto de su trabajo, es el único texto que atiende particularmente al reconocimiento de los derechos de estos grupos. En este texto se consagraron importantes principios desarrollados en su aplicación por órganos y tribunales de protección de los derechos humanos. Más allá del reconocimiento del derecho a sus tierras y sus frutos, establece el de la participación en la toma de decisiones en aquellas cuestiones que les conciernan. La articulación práctica de este derecho viene principalmente de la mano de la consulta, uno de los pilares básicos del «Convenio 169». Y, aunque como sostiene Gómez Isa: «No se llegó tan lejos como pretendían los representantes indígenas, que aspiraban a la garantía del consentimiento previo, libre e informado, (...) la consulta ha jugado un papel importante en la defensa de la dignidad e identidad de los pueblos indígenas ante deci-

⁶⁴⁵ Véase al respecto el artículo de Camarero en Camarero, 2022. En esta misma obra véase también, el capítulo de Reguart-Segarra, N. «Indigenous Peoples' Religious Freedom under The Duty of State Neutrality: Reflections from Canada», pp. 65-92 o el de Navarro Floria, J.G. «Relevancia de la Religiosidad Indígena en La Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos», pp. 93-110. Como recuerda este autor, el «Convenio 169» de la OIT establece para los Estados las obligaciones de reconocer y proteger «los valores y prácticas sociales, culturales, religiosos y espirituales propios de dichos pueblos» (art. 5º.a), de evaluar la «incidencia... espiritual... que las actividades de desarrollo previstas puedan tener sobre esos pueblos» (art. 7.3º) y de «respetar la importancia especial que para las culturas y valores espirituales de los pueblos interesados reviste su relación con las tierras o territorios, o con ambos» (art. 13º), entre otras. Véase la página 98 del texto de Navarro Floria.

siones estatales que iban en su contra».⁶⁴⁶ La *Declaración* de 2007, finalmente, establece el deber de obtener el consentimiento previo, libre e informado, antes de proceder a efectuar actividad alguna que pueda perturbar el goce de sus derechos. Estos dos textos, el «Convenio 169» y la *Declaración* de 2007 son los más importantes instrumentos internacionales en cuanto al reconocimiento de los derechos de los pueblos y comunidades indígenas. A ellos, hemos dedicado parte de este trabajo.

La jurisprudencia de las Cortes africana y americana ha contribuido a fortalecer el reconocimiento de sus particulares derechos en la realidad, en los hechos, en la vida cotidiana de estos pueblos y comunidades. De la casuística expuesta se desprende la diferencia (por su casi ausencia) entre los *dicta* del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y las cortes mencionadas. Pero hemos constatado que las reclamaciones efectuadas por comunidades indígenas Samis en Estrasburgo, carecen de la fuerza que tienen las americanas y africanas en cuanto a que no manifiestan con intensidad el lazo tierra-religión. Por otra parte, persiste el incumplimiento de sentencias dictadas por las Cortes, como la comentada de los Ogiek. «Unfortunately, the lack of implementation of the twin judgments amounts to a clear dereliction of the Kenyan government's obligations under international human rights law and more specifically under the African Charter and undermines the authority of the Court as a continental human and peoples' rights adjudication body».⁶⁴⁷ Similar situación hallamos respecto a los Endorois, según el informe sobre la implementación de la Decisión comentada: las recomendaciones nunca se han aplicado plenamente. Este informe demuestra que la no aplicación de las recomendaciones de la Decisión de Endorois ha repercutido negativamente en los medios de vida de la comunidad, consignando a muchos de sus miembros a la pobreza severa, el analfabetismo, la mala salud y una vida de indigencia.⁶⁴⁸

⁶⁴⁶ Gómez Isa, F. (2020). «El «Convenio 169» de la OIT: origen y contenido». *Aportes. Revista de la Fundación para el Debido Proceso*, n.º 22, p. 5.

⁶⁴⁷ «Desafortunadamente, la falta de implementación de ambas sentencias supone un claro abandono de las obligaciones del Gobierno de Kenia en virtud de las normas internacionales de los Derechos Humanos (y más específicamente en virtud de la *Carta Africana*) y socava la autoridad de la Corte como órgano continental de protección de Derechos Humanos y de los derechos de los pueblos». Ade Ndasi, S. (2023). «Six Years On: Celebration Mixed with Concern for The Ogiek of Mau». Entrada en *Reliefweb* de 26 de mayo de 2023.

⁶⁴⁸ Véase «Implement Endorois Decision 276/03: Report on the impact of non-implementation of the African Commission's Endorois decisión», Centre for Minority Rights Development (CEMIRIDE), Endorois Welfare Council (EWC), MRG and WITNESS, mayo de 2022.

En el desarrollo del Derecho de los Pueblos Indígenas, hemos de tener en cuenta que, como personas, gozan de derechos individuales, junto a los colectivos señalados en los dos textos antes mencionados (derechos tanto civiles y políticos), como de carácter económico, social y cultural. De hecho, el artículo invocado en las reclamaciones europeas es el artículo 27º del *Pacto de Derechos Civiles y Políticos*, el derecho a la cultura.

El respeto a su identidad y a su cultura conduce al de poder ordenarse conforme a sus tradiciones. El reconocimiento de su propio Derecho, por terceros, puede ser más o menos novedoso, pero no *per se*, el conjunto de reglas no escritas, de usos, de tradiciones conforme a las cuales organizan sus vidas. El derecho a la libre determinación de los pueblos no alcanza, para estos pueblos, el derecho a segregar su territorio del Estado en que viven. De hecho, el límite al ejercicio del Fuero Indígena se encuentra en el respeto a la Constitución y a los Derechos Humanos. Esta ha sido una cuestión ampliamente tratada por los Tribunales nacionales de algunos Estados, como Ecuador o Colombia, tal y como hemos ido reseñando en la última parte.

Los pueblos indígenas de todo el mundo continúan sufriendo violaciones a sus derechos humanos a manos de los Estados y las empresas privadas, quienes, por momentos, ignoran abiertamente este instrumento internacional a través de leyes explícitas y decisiones judiciales que niegan los derechos a estos pueblos o, a veces, sólo aceptan de la boca para afuera a los pueblos indígenas, sus derechos y la DNUDPI. Asimismo, en muchos casos, los pueblos indígenas todavía no han sido reconocidos como tales por sus gobiernos nacionales, y algunos de ellos dicen que todas las personas dentro de su país son indígenas y, por tanto, no necesitan las protecciones especiales provistas por la DNUDPI. Esto no sólo debilita a los grupos que se autodefinen como indígenas dentro de un país, sino que también permite que los gobiernos eludan la DNUDPI en la persecución de sus intereses.⁶⁴⁹

La situación actual de los pueblos y comunidades indígenas sigue siendo preocupante. No dudamos en que el Derecho Internacional y nacional, han mostrado importantes avances en cuanto al declaración de derechos que siempre les han pertenecido, pero la práctica nos muestra aún un grado de incumplimiento que no podemos dejar sin mencionar en estas últimas líneas. «A más de 15 años de su adopción, existe una amplia brecha entre lo

⁶⁴⁹ IWGIA, 2023, p. 18.

que garantiza la DNUDPI y la forma en que los Estados implementan en los hechos esos derechos consagrados en la declaración que suscribieron.»⁶⁵⁰

En este año 2023 se presentó ante el Consejo de Derechos Humanos un estudio del mecanismo de expertos sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, en el que podemos leer: «La militarización de los territorios, tierras y recursos de los Pueblos Indígenas ha sido una de las principales dificultades para que sus derechos se hagan realidad».⁶⁵¹ Este mismo documento destaca el impacto de la militarización sobre el derecho a la vida, la integridad, la libertad y la seguridad y menciona diversos escenarios, como Nagaland (India) donde «Expertos de las Naciones Unidas han expresado su preocupación por un presunto patrón de ejecuciones extrajudiciales de miembros de Pueblos Indígenas a manos de militares que se está produciendo con impunidad en zonas dedicadas a la minería del carbón».⁶⁵² Otros escenarios mencionados son los de Filipinas, Papúa Nueva Guinea, República Democrática del Congo, Nepal, Tanzania o Nicaragua. Al respecto de este país, dice el documento que «En el territorio Mayangna Sauni de Nicaragua, se ha informado de asesinatos y actos de tortura contra miembros de Pueblos Indígenas cometidos por grupos armados no regulares, como colonos o paramilitares, con la aquiescencia de las fuerzas militares y policiales».⁶⁵³

El «Informe 2023» del IWGIA, antes referenciado, muestra, igualmente, que la ocupación de las tierras con fines económicos deforestando áreas de gran valor ecológico, persiste en Estados en los que se instalan industrias mineras, como Brasil, Venezuela, Ecuador, Guatemala o Filipinas. No existe un Informe de IWGIA en el que no se ponga en relieve la difícil situación de los pueblos y comunidades en los diferentes continentes.

Queremos terminar con un apunte más positivo: en la última cuestión tratada en la presente monografía, la relativa al Fuero Indígena, se pone de manifiesto cómo hay Estados que sí han incorporado la realidad indígena a sus ordenamientos, no sólo en sus cartas magnas, sino en las normas de desa-

⁶⁵⁰ Se refiere a la Declaración de Naciones Unidas de 2007. IWGIA, 2023, p. 17-18.

⁶⁵¹ Naciones Unidas. Consejo de Derechos Humanos. Mecanismo de Expertos sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas. 16º período de sesiones 17 a 21 de julio de 2023. Tema 3 del programa Estudio y asesoramiento sobre el impacto de la militarización en los derechos de los Pueblos Indígenas. Doc. A/HRC/EMRIP/2023/2, de 30 de mayo de 2023, p. 2.

⁶⁵² *Id.* p. 7.

⁶⁵³ *Id.* p. 8.

rollo. Ello sin perjuicio de afirmar que estas precisan de otras disposiciones de coordinación entre los distintos fueros. Queda trabajo por hacer. En fin, con esta obra se ha pretendido contribuir a la difusión de la problemática que afecta a quienes, como dijimos arriba, siendo señores de sus vidas se convirtieron en servidores del recién llegado.

Bibliografía

Artículos, libros y documentos

- AFRICAN COMMISSION OF HUMAN AND PEOPLES RIGHTS (2019). Comparative Study on the Law and Practice of Reparations for Human Rights Violations. African Commission of Human and Peoples Rights.
- AGUILAR CASTRO, V. et al. (2021). La Jurisdicción Especial Indígena en Venezuela como Derecho Propio, Universidad de los Andes.
- ALLRISE (2021). «Communication under Article 15 of the Rome Statute of the International Criminal Court». Commission of Crimes Against Humanity against Environmental Dependents and Defenders in the Brazilian Legal Amazon from January 2019 to present, perpetrated by Brazilian President Jair Messias Bolsonaro and principal actors of his former or current administration. October 12, 2021.
- ÁLVAREZ CHILLIDA, A. (2017). «Epígono de la Hispanidad. La españolización de la colonia de Guinea durante el primer franquismo», en Michonneau, S., Núñez-Seixas, X.V. (Eds.). (2017). Imaginarios y representaciones de España durante el franquismo, Casa de Velázquez.
- ANAYA, J. (1996). Indigenous Peoples in International Law. Oxford University Press.
- ANDERSEN, S., MIDTTUN, A. (1985). «Conflict and Local Mobilization: The Alta Hydropower Project». Acta Sociologica, 28.
- ARAVENA, A. (1998). «La Identidad Indígena en los Medios Urbanos: Una Reflexión Teórica a Partir de los Actuales Procesos de Recomposición de la Identidad Étnica Mapuche en la Ciudad de Santiago». III Congreso Chileno de Antropología. Colegio de Antropólogos de Chile A. G, Temuco, 1998
- ARCARI, M. (2022). «The future of the Articles on State Responsibility: A matter of form or of substance?» QIL, Zoom-in, 93 3-21.
- ARSENAULT, C. (2016). «Cambodian villagers are optimistic for Intl. Criminal Court complaint following court's decision to investigate land grabs as violations of intl. law», en Business Human Rights.

- ASBØRN, E. (2015). «Los pueblos indígenas, el Grupo de Trabajo sobre Poblaciones Indígenas y la adopción de la Declaración de la ONU sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas». En Morales, P. (Cord). (2015). Pueblos indígenas, derechos humanos e interdependencia global. Siglo XXI.
- ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE JURISTAS PELA DEMOCRACIA. (ABJDT) (2021). «Comunicación por crímenes contra la humanidad del artículo 7 (1) (k) del ER y otros que pudieran derivarse de la investigación». Complaint before the International Criminal Court (Rome Statute, Art. 15.1 and 53).
- BARUME, A.K. (2005). «Indigenous Battling for the Land Rights: The Case of the Ogiek of Kenya» en Castellino J. y Walsh, N. (2005). International Law and Indigenous Peoples. The Raoul Wallenberg Institute Human Rights Library. Vol. 20. Martinus Nijhoff, The Netherlands, 2005.
- BARUME, A.K. (2010). Land Rights of indigenous peoples in Africa. IGWIA.
- BELLO, A. y RANGEL, M. (2002). «La equidad y la exclusión de los pueblos indígenas y afrodescendientes en América Latina y el Caribe». Revista de la Cepal núm. 76, abril 2002.
- BERMAN, H.R. LYONS, O. y FALK, R.A. (1993). «Indigenous Peoples and the Right to Self-Determination. Proceedings of the Annual Meeting». American Society of International Law, n.º 87.
- BERNAL GÓMEZ, B. (2015). «El Derecho Indiano, concepto, clasificación y características». *Ciencia Jurídica Universidad de Guanajuato. División de Derecho, Política y Gobierno*. Departamento de Derecho Año 4, n.º 7.
- BOAZ AMORO, N. (2012). Land Law: The Concept of Ownership and the Acquisition Rights of Land in Kenya.
- BODLEY, J. (1999). «Cultural Anthropology: Tribes, States and the Global System en Eric Hanson», en What is the International Labour Organization Convention 107 (1957)
- BOFILL, A., COTS, J. (1999). La Declaración de Ginebra. Pequeña historia de la primera carta de los derechos de la infancia. Comissió de la Infància de Justícia i Pau.
- BOWEN, J. R. (2000), Anthropology Today, vol. 16, n.º 4, Agosto 2000.
- BRONWILIE I. (1998), «The Rights of Peoples in Modern International Law», en Crawford, J. (1988). The rights of Peoples. Clarendon Press.
- BRYAN, M. GRANT, C. et al. (2015). State of the World's Minorities. Minority Rights Watch International. Editors: Peter Grant.
- BURGOS GUZMÁN, F.E. (2008). «Entre la justicia indígena y la ordinaria» Revista Derecho del Estado.

- BUSINESS AND HUMAN RIGHTS. (2016), «Cambodian villagers are optimistic for Intl. Criminal Court complaint following court's decision to investigate land grabs as violations of intl. law», en <https://www.business-humanrights.org/en/latest-news/cambodian-villagers-are-optimistic-for-intl-criminal-court-complaint-following-courts-decision-to-investigate-land-grabs-as-violations-of-intl-law/>.
- CABEDO MALLOL, V.J. (2000) «Forum II: Propuestas de desarrollo constitucional y jurisprudencia: derecho indígena y Derechos Humanos».
- CALVO CARAVACA, A.L., CARRASCOSA GONZÁLEZ, J. (Dirs.) (2020). Tratado de Derecho Internacional privado. Tomo I. Tirant lo Blanch.
- CAMARERO SUÁREZ, V., ZAMORA CABOT, F.J. (2016). «El acceso al agua limpia y al saneamiento: un derecho humano crecientemente asediado». Huri-Age n° 4.
- CAMARERO SUÁREZ, V. (2022). Los pueblos indígenas: marco especial de protección y efectividad de sus derechos. Aranzadi.
- CAMARERO SUÁREZ, V. «Lo sagrado: clave de la defensa de sus hábitats por los pueblos indígenas» en Los Pueblos indígenas: marco especial de protección y efectividad de sus derechos», en Camarero Suárez, V. (2022). Los pueblos indígenas: marco especial de protección y efectividad de sus derechos. Aranzadi.
- CANADA, GOV. (2021), «Aboriginal Justice Implementation Commission. The Justice System and Aboriginal People». The Aboriginal Justice Implementation Commission, Winnipeg, Canada, 2001. http://www.ajic.mb.ca/reports/final_toc.html <http://www.ajic.mb.ca/volume1/chapter2.html>.
- CANÇADO TRINDADE, A.A. (2013). «El deber del Estado de proveer reparación por daños a los derechos inherentes a la persona humana: génesis, evolución, estado actual y perspectivas». JA 2013-I, fascículo n.º 10.
- CARTER, L. (2010). «The Principle of Complementarity and the International Criminal Court: The Role of Ne bis» Santa Clara J. Int'L. 165.
- CERIMIDE (2022). «Implement Endorois Decision 276/03: Report on the impact of non-implementation of the African Commission's Endorois decision». Centre for Minority Rights Development (CEMIRIDE), Endorois Welfare Council (EWC), MRG and WITNES.
- CHACÓN CASTRO, R. (2005). «El sistema jurídico indígena en Costa Rica: Una aproximación inicial», en Revista IIDH, Vol. 41, pp. 119-149. Disponible en <https://www.corteidh.or.cr/tablas/R08062-4.pdf>.
- CHARTERS CLAIRE Y STAVENGAHEN, RODOLFO (eds.), (2010), El Desafío de la Declaración. Historia y Futuro de la Declaración de la ONU sobre Pueblos Indígenas. Copenhage.

- CLARIDGE, L., (2017) «Huge victory for Kenya's Ogiek as African Court sets major precedent for indigenous peoples' land rights». Minority Rights Group International.
- CLAVERO, B., HITCHCOCK, R., KOPERSKI, T. FLOWERDAY, C., MÜNZEL, M. MELIÀ, B., SERVIN, J., EDEB, P. (2008). Los aché de Paraguay. Discusión de un genocidio. IGWIA.
- COLMENARES OLIVAR, R. (2005). «El derecho consuetudinario en Venezuela: balance y perspectivas» en Revista IIDH, vol. 41.
- COLOMBIA, Gov. (2021). «Informe solicitado por el Observatorio de Participación Ciudadana y No Discriminación, Ministerio Secretaría General de Gobierno. Informe final. Resultados segunda consulta nacional discriminación».
- COLOMBIA. CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA. (2006). Compilación y selección de los fallos y decisiones de la Jurisdicción Especial Indígena. 1980-2006.
- COLÓN, C. (1825) «Carta a Luis de Santángel», en Fernández de Navarrete, M. (1825). Colección de los viajes y descubrimientos que hicieron por mar los españoles. Imprenta Real.
- COMISIÓN AFRICANA DE DERECHOS HUMANOS Y DE LOS PUEBLOS. General Comment No. 4 on the African Charter on Human and Peoples' Rights: The Right to Redress for Victims of Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Punishment or Treatment (Article 5). Adopted at the 21st Extra-Ordinary Session of the African Commission on Human and Peoples' Rights, held from 23 February to 4 March 2017 in Banjul, The Gambia.
- COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. «Informe núm. 74/03 de 22 de Petición 790/01. Declaración de admisibilidad». Comisión Interamericana de Derechos Humanos, octubre de 2003. Disponible en <http://hrlibrary.umn.edu/cases/S74-03.html>.
- COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. «Informe núm. 61/08, caso 2.435», Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 25 de julio de 2008.
- COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. «Pueblos indígenas, comunidades afrodescendientes y recursos naturales: Protección de derechos humanos en el contexto de actividades de extracción, explotación y desarrollo», OEA/Ser.L/V/II.Doc. 47/15. Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 31 diciembre 2015.
- COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. «Empresas y Derechos Humanos: Estándares Interamericanos». OEA/Ser.L/V/II. 1 noviembre 2019.

- COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. «Derecho a la libre determinación de los Pueblos Indígenas y Tribales». OEA/Ser.L/V/II. Doc. 413 de 28 diciembre 2021.
- COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. «Situación de derechos humanos en Brasil». Comisión Interamericana de Derechos Humanos. 2021.
- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. (2007), «Acceso a la Justicia e Inclusión Social. El camino hacia el fortalecimiento de la Democracia en Bolivia», Documento OEA/Ser/. L/V/II, Documento, 34, 28 de junio de 2007.
- CORTE PENAL INTERNACIONAL. OTP. (2003). «Ceremony for the solemn undertaking of the Chief Prosecutor of the International Criminal Court. Statement made by Mr. Luis Moreno-Ocampo Chief Prosecutor». The Hague, 16 junio 2003.
- CORTE PENAL INTERNACIONAL. OTP. (2007). «Policy Paper on the Interests of Justice». Septiembre de 2007.
- CORTE PENAL INTERNACIONAL. (2007). «Resolution ICC-ASP/6/Res.2 Adopted at the 7th plenary meeting, on 14 December 2007, by consensus». ICC-ASP/6/Res.2. Strengthening the International Criminal Court and the Assembly of States Parties.
- CORTE PENAL INTERNACIONAL. OTP. (2009), ICC-OTP. «Informal expert paper». The principle of complementarity in practice, ICC-01/04-01/07-1015-Anx 01-04-2009 3/37 VW T.
- CORTE PENAL INTERNACIONAL. OTP. (2013). «Policy Paper on Preliminary Examinations». Noviembre 2013.
- CORTE PENAL INTERNACIONAL. OTP. (2016). «Policy Paper on case selection and prioritization». 15 September 2016.
- CORTE PENAL INTERNACIONAL. OTP. (2018). «El artículo 28 del Estatuto de Roma». Cámara de Comercio de Bogotá. 1 de noviembre de 2018.
- CRAWFORD, J. (Ed.), (1998), *The Rights of Peoples*, Clarendon Press.
- DAES, Erica. «La contribución del Grupo de Trabajo sobre Poblaciones Indígenas a la génesis y evolución de la Declaración de la ONU sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas» en CHARTERS C. y STAVENHAGEN, R., *El desafío a la Declaración. Historia y futuro de la Declaración de la ONU sobre Pueblos Indígenas*. Copenhagen 2010.
- DAHL, Jens (2009), *IWGIA: a history*, IWGIA.
- DEMPSEY, H.A. (2015). *The Great Blackfoot Treaties*. Heritage.
- DÍAZ ARGUELLES, N. (2011). «Conflictos étnicos en Chiapas, México», en *Isri Cuba*.

- DÍAZ DE RADA, A. (2008) «¿Dónde está la frontera? Prejuicios de campo y problemas de escala en la estructuración étnica en Sápmi», *Revista de Dialectología y Tradiciones Populares*, Vol. LXIII (1).
- DÍAZ OCAMPO, E. ANTÚNEZ SÁNCHEZ, A.I. (2016). «El conflicto de competencia en la Justicia indígena del Ecuador». *Revista Temas Socio Jurídicos*, vol. 35, n. ° 70.
- DIETZ, G. y MATEOS CORTÉS, L. (2019), «Las universidades interculturales en México, logros y retos de un nuevo subsistema de educación superior». *Estudios sobre las Culturas Contemporáneas*, vol. XXV, núm. 49, pp. 163-190.
- EDUCATIVA LUIS ESPINAL CAMPS (2018). Memoria laboral.
- EFRON L. (2013), «Reformas educativas en el Estado Plurinacional Boliviano. La revalorización de la experiencia de Warisata para la constitución de nuevas ciudadanas». *Clio y Asociados*.
- FALK, R. (1988) «The Rights of Peoples (in particular Indigenous Peoples) », en Crawford J. (1988). *The Rights of Peoples*. Clarendon Press.
- FERRANTE, L., FEARNSIDE, P. (2020). «Brazil threatens Indigenous lands». *Science*, vol. 368, issue 6490.
- FRANCIS, J. (2011). «The history of Lapland and the case of the Sami Noaidi drum figures reversed». *Folklore*, vol. 47.
- FRESA, L. (1997). Lucia «A new interpretation of the term “indigenous people”: what are the legal consequences of being recognised as “minorities” instead of as “indigenous people” for the indigenous people of the world? » en *Publicazioni Centro Studi per la Pace*.
- FUNDACIÓN PARA EL DEBIDO PROCESO (2015). *Derecho a la consulta y al consentimiento previo, libre e informado en América Latina*.
- GARCÍA GALLO, A. (1951). «El Derecho Indiano y la independencia de América». *Revista de estudios políticos*, n.º 60.
- GARCÍA RAMÍREZ, S. (1987). «Las reparaciones en el sistema interamericano de Derechos Humanos». *Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM*.
- GHISLAIN, O., AURÉLIE, L. (2013). «Laurent Indigenous land claims in Europe: The European Court of Human Rights and the decolonization of property», *Arctic Review on Law and Politics*, vol. 4.2.
- GIDLEY, M. (2000), *Edward S. Curtis and the North American Indian, Incorporated* (Cambridge Studies in American Literature and Culture, Series Number 119). *Cambridge University Press*.
- GÓMEZ GAMBOA, D. (2012) «El rol de Canadá frente a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en el contexto de la OEA».

- Cuestiones Jurídicas. Revista de Ciencias Jurídicas de la Universidad Rafael Urdaneta. Venezuela. vol. 6, n. ° 1.
- GÓMEZ-ISA, F. (2011). Diversidad cultural y derechos humanos desde los referentes cosmovisionales de los pueblos indígenas, en *Anuario Español de Derecho Internacional* / vol. 27 / 2011.
- GÓMEZ ISA, F. BERRAONDO, M. (Eds.). (2013). «Los derechos indígenas tras la Declaración: El desafío de la implementación» en; Brownlie, I. (1988). «The Rights of Peoples in Modern International Law», en Crawford, J. (1988). *The rights of Peoples*, Clarendon Press.
- GÓMEZ-ISA, F. (Ed.). (2013). *El caso Awas Tingni*. Gómez Isa, Felipe (Dir.). Universidad de Deusto.
- GÓMEZ ISA, F. (2017). «The Decision by the Inter-American Court of Human Rights on the Awas Tingni vs. Nicaragua Case (2001): The Implementation Gap». *The Age of Human Rights Journal*, (8), 67–91. <https://doi.org/10.17561/tahrj.n8.4>.
- GÓMEZ-ISA, Felipe, (2019), «La Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas». *REDI*, vol. 71.
- GONZÁLEZ ALCÁNTARA, J.L. (2022). «La Jurisdicción indígena como una manifestación del diálogo jurisprudencial». En Cervantes, A. et al. (2022). *Aportes de Sergio García Ramírez al sistema interamericano de derechos humanos. Volumen II*. Universidad Autónoma de México.
- GREENSTEIN, L.J. (1978). «The Impact of Military Service in World War I on Africans: the Nandi of Kenya», en *The Journal of Modern African Studies*, vol. 16, n. ° 3.
- GRENNI, H., (2004). «Las Leyes de Indias: un intento por considerar a los indígenas como personas con derechos», *Revista Teoría y Praxis*, n.º 4.
- GRIFFITHS, T. (2005). «Los Pueblos Indígenas y el Banco Mundial: experiencias de participación». *Forest Peoples Programme*.
- GROTE, R. (2006). «On the Fringe of Europe: Europe's Largely Forgotten Indigenous Peoples» en *Am.Indian L. Rev*, 31.
- GUAJARDO RODRÍGUEZ, C. (2020), «Educación intercultural en escuelas multiculturales urbanas: estudio etnográfico en un centro escolar de Ciudad de México». En: *Boletín de Antropología*. Universidad de Antioquia, Medellín, vol. 35, N.º 59, 2020, pp. 82-107, <https://revistas.udea.edu.co/index.php/boletin/article/view/341315>.
- GUNN, K., O'NEIL, C. (2021). «Indigenous Law & Canadian Court», *Blog de First Peoples Law*. January 20, 2021, <https://www.firstpeopleslaw.com/public-education/blog/indigenous-law-canadian-courts>.
- GUTIÉRREZ CARRIZO, A. y STEPHENS C. (2015), «South America». *State of the World's Minorities 2015*, pp 124-135. July 2015. Publisher:

- Minority Rights Watch International. Editors: Peter Grant. DOI:10.13140/RG.2.1.2051.5923. Disponible en https://www.researchgate.net/publication/280089652_State_of_the_World%27s_Minorities_2015_The_Americas.
- HANSON, E. (1957) What is the International Labour Organization Convention 107. Disponible en indigenousandfoundations.arts.ubc.ca.
- HENRAD, K. (Ed.). (2013). The Interrelation Between the Right to Identity of Minorities and Their Socio-Economic Participation. Martinus Nijhoff Publishers.
- HERENCIA CARRASCO, S. (2010). «Las reparaciones en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos», en Elsner, G. Ambos, K. Malarino, E. (2010). Sistema interamericano de protección de los derechos humanos y derecho penal internacional, vol. 2.
- HEYNS, C. (2004). Socio-economic Rights in South Africa. Pretoria University Law Press.
https://drive.google.com/file/d/145crctPIZfPRq4NTrWelJpPwKEpa502v/view?_ga=2.68963417.994563953.1663669885-1979220040.1663669885.
- HUACO PALOMINO, M., (2015), «Los trabajos preparatorios del Convenio número 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes. A los veinticinco años de su adopción», Konrad Adenauer Stiftung, Programa Regional de Participación Política Indígena (PPI) en América Latina. Lima, 2015. Disponible en <https://www.corteidh.or.cr/tablas/31577.pdf>.
- IGLESIAS VÁZQUEZ, M.A. (2016). «La Protección de los Derechos de las Comunidades Indígenas en la Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos», en Principia Iuris, vol. 13, n.º 26.
- IGLESIAS VÁZQUEZ, M.A. (2017) «El hecho religioso en las comunidades indígenas y la jurisprudencia de los Tribunales Regionales de protección de los Derechos Humanos. Especial referencia a Europa», *Anuario Eclesiástico del Estado*, Vol. XXXIII.
- IGLESIAS VÁZQUEZ, M.A. (2018). «El asunto Ogiek y la Corte Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos: reforzando los derechos de las comunidades indígenas en África», publicado en Revista Latinoamericana de Derechos Humanos, vol. 29, 2.
- IGLESIAS VÁZQUEZ, M.A. (2018). «La destrucción de los edificios religiosos en conflictos bélicos: ¿Crimen de Guerra?: A propósito de la sentencia Al Mahdi del Tribunal Penal Internacional», *Anuario de Derecho Eclesiástico y del Estado*, Volumen XXXIV.

- IGLESIAS VÁZQUEZ, M. A (2020) «Lights and shadows in the jurisprudence: invoking the spiritual dimension of the land of the Indigenous Peoples». *Cultura, Hombre y Sociedad*, vol.30 no.1.
- IGLESIAS VÁZQUEZ, M.A. (2020). «Los Nubian y el derecho a una nacionalidad: las Decisiones de la Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos y del Comité Africano de Expertos en los Derechos y Bienestar de los niños». DPCE Online.
- IGLESIAS VÁZQUEZ, M. A. (2022). «La Corte Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos y su primera sentencia sobre Reparaciones en el asunto Ogiek 006/2012: ¿luz para los pueblos indígenas en África?». *Anuario de Derecho Internacional ILA España*.
- IGLESIAS VÁZQUEZ, M.A. (2022) «El uso (y el abuso) de las tierras ancestrales de los pueblos indígenas por razones económicas: entre la vulneración de derechos humanos y los crímenes internacionales», *Cadernos de Dereito Actual*, 91-116.
- IGLESIAS VÁZQUEZ, M.A. (2023). «Algunas notas sobre el fuero indígena y la jurisdicción especial indígena», en *Cuadernos de Derecho Transnacional* (Marzo 2023), Vol. 15, N° 1, pp. 422-441.
- INTERNATIONAL LAW ASSOCIATION. (2010), «Rights of Indigenous Peoples». The Hague Conference.
- ISABEL LA CATÓLICA. «Testamento y Codicilo de 12 de octubre y 23 de noviembre de 1504». Codicilo XI.
- IWGIA (1993) «Documento n° 15. Actas de la Conferencia sobre Pueblos Indígenas en África». IWGIA.
- IWGIA (2008), *Los Aché del Paraguay: discusión de un genocidio*. IWGIA Press.
- IWGIA. (2020). *El Mundo Indígena*. IWGIA Press.
- IWGIA, (2021). *El Mundo Indígena*. IWGIA Press.
- IWGIA (2023). *El Mundo Indígena*. IWGIA Press.
- JIMENEZ-NARANJO, Y. y MENDOZA-ZUANY, R. (2016). «La educación indígena en México: una evaluación de política pública integral, cualitativa y participativa». *LiminaR* [online]. 2016, vol.14, n.1, pp.60-72.
- KAGINA, B. (2021). «Le mécanisme de suivi des décisions de la Cour africaine des droits de l'homme et des peuples: entre tâtonnement et nécessité de s'affirmer », *Cahiers de la recherche sur les droits fondamentaux*, 19.
- KIMAIYO, T.J. (2004) *Ogiek Land Cases and Historical Injustices 1902-2004*. Ogiek Welfare Council.
- KINGSBURY, B. (1998). «Indigenous People in International Law», *The American Journal of International Law*, vol. 92, n.º 3.

- KINGSBURY, B. (2011), «Indigenous People». Max Planck Encyclopedia of Public International Law Oxford University Press, 2011, Disponible en: <http://iilj.org/aboutus/documents/IndigenousPeoplesKingsburyMPEPIL.pdf>.
- KOIVUROVA, T. (2011). «Jurisprudence of the European Court of Human Rights Regarding Indigenous Peoples: Retrospect and Prospects» en International Journal on Minority and Group Rights, 18.
- KOULADOUMADJI, Ch. (2021). La execution des decisions de la Cour Africaine des droits de l’homme et des Peuples par les *États*. Université de Yaoundé.
- KRATZ, C. A. (1980). A Cahiers d’Etudes Africaines, Vol 20.
- KRATZ, C.A. (1980). «Are the Okiek really Masai? Or Kipsigis? Or Kikuyu?», en Cahiers d’études africaines, vol. 20, n°79.
- KVIST, R. (1994). «The Racist Legacy in Modern Swedish Saami Policy». en Modern Swedish Saami Policy.
- LAFORME, Justice Harry S. (2005). «The Justice System in Canada: Does it Work for Aboriginal People? » Indigenous Law Journal Vol. 4. Fall.
- LEE, H. (2012). «The identity argument for national self-determination». Public Affairs Quarterly, 26(2), 123–139. Disponible en <http://www.jstor.org/stable/41697903>.
- LEIDEN UNIVERSITEIT. Ciclo de conferencias. International Criminal Law, Justice and Indigenous Cultures. Indigenous Peoples and Trials before International Criminal Courts and Tribunals. Intervención de Mary Ann Manja Bayang. <https://www.universiteitleiden.nl/agenda/2022/05/indigenous-peoples-and-trials-before-international-criminal-courts-and-tribunals>.
- LENNOX, C. «State of the World’s Minorities», 2015.
- LLASAG FERNÁNDEZ, R. (2006). «Jurisdicción y competencia en el derecho indígena o consuetudinario». Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano.
- LYMAN, A., & KEW, D. «An African Dilemma: Resolving Indigenous Conflicts in Kenya. Georgetown Journal of International Affairs», 11(1), 2010. 37–46. <http://www.jstor.org/stable/43133798>.
- MACKAY, F. (2001). «Guía sobre Los Derechos de los Pueblos Indígenas y el Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas». Forest Peoples Programme.
- MACKAY, F. (2002). «A Guide to Indigenous Peoples’ Rights in the International Labour Organization», Forest Peoples Programme.
- MAGGA, O. H. (1995). «Rights for Indigenous Peoples». Documento presentado en la Conferencia sobre Propiedad Comunal.
- MAMO, D. (2021). Mundo indígena. IGWIA Press.

- MARTÍNEZ RIZO, F. (2001). Las políticas educativas mexicanas antes y después de 2001, OEI - Ediciones - Revista Iberoamericana de Educación - Número 27.
- MARULLO, M.Ch. (2020). «Recientes desarrollos en los litigios transnacionales empresas y Derechos Humanos: el caso Kiobel III». Cuadernos Europeos de Deusto, 2020, pp. 57-80.
- MÉXICO. Consejo Nacional para Prevenir la Discriminación y la Secretaría De Desarrollo Social (CONAPRED) (2005), Primera Encuesta Nacional sobre Discriminación en México. https://www.conapred.org.mx/userfiles/files/Resultados_Generales_por_Modulo.pdf.
- MÉXICO. Secretaría de Educación Pública. La escuela secundaria en el DF: un espacio pluricultural de adolescentes. Estudio de casos, Ciudad de México: Dirección General de Innovación y Fortalecimiento Académico-SEP/Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia. 2013. Véase la recensión de PLANCARTE CANSINO, A., Indígenas en secundarias del Distrito Federal. Revista Mexicana de Investigación Educativa (RMIE), 2014, Vol. 19, núm. 61, pp. 627-632.
- MIGUEL MORA, J. (2017) «La consolidación de la jurisdicción indígena en México, en el siglo XXI. Interpretación y experiencia judicial desde la perspectiva de los Derechos Humanos. Realidad social y filosofía política con un enfoque diferenciado» Revista IIDH, vol. 65.
- MINORITY RIGHTS GROUP INTERNATIONAL. (2017). «No escape from discrimination: minorities, indigenous peoples and the crisis of displacement». Report. Minority Rights Group International 2017.
- MISTURA, A. (2018). «Is There Space for Environmental Crimes Under International Criminal Law? The Impact of the Office of the Prosecutor Policy Paper on Case Selection and Prioritization on the Current Legal Framework», en Columbia Journal of Environmental Law, vol. 43, n. ° 1.
- MONTEIRO DE MATOS, M. «Cultural Identity and Self-Determination as Key Concepts in Concurring Legal Frameworks for the International Protection of the Rights of Indigenous Peoples», Lagrange et al. (eds.), Cultural Heritage and International Law. E. Springer International Publishing AG
- MONTENEGRO BACA, J. (1966). «Estudio de las Leyes de Indias en las Facultades de Derecho Hispanoamericanas» en Revista de Política y Sociedad, n.° 71.
- MONTES A.R. y TORRES CISNEROS, G., (2010). «La Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas: base de la nueva relación entre los pueblos indígenas, los Estados y las sociedades», en CHARTERS, C. y STAVENHAGEN R. (2010). El desafío

- de la Declaración. Historia y futuro de la declaración de la ONU sobre pueblos indígenas. IWGIA Press.
- MORALES, P. (2001) (Coord.). Pueblos indígenas, derechos humanos e interdependencia global. Siglo XXI editores.
- MORENO-OCAMPO, LUIS. «Keynote Address: Integrating the Work of the ICC into Local Justice Initiatives». *American University International Law Review* 21, no.4 (2006): 497-503.
- MORKENSTAM, U. (2005). «Indigenous peoples and the right to self-determination: the case of the Swedish sami people». *The Canadian Journal of Native Studies* XXV, 2.
- NACIONES UNIDAS (1977). Departamento de Asuntos Económicos y Sociales. Doc. E/CN.4/Sub.2/L.566. Conference on Discrimination against Indigenous Populations. 1977. «Preliminary report on the “Study of the Problem of Discrimination Against Indigenous Populations».
- NACIONES UNIDAS (1986). E/CN.4/Sub. 2/1986/7/Add.4, Estudio del problema de la discriminación contra las poblaciones indígenas. Volumen V. Conclusiones, Propuestas y Recomendaciones, presentado por Martínez Cobo, J.
- NACIONES UNIDAS (1996). CONSEJO ECONÓMICO Y SOCIAL. Documento de trabajo de la Presidenta-Relatora, Sra. Erica-Irene A. Daes, sobre el concepto de «pueblos indígenas», E/CN.4/Sub.2/AC.4/1996/2) de 10 junio de 1996.
- NACIONES UNIDAS (1997). Decisions Taken by the Preparatory Committee at its Session. Held from 1 to 12 December 1997, U.N. Doc. A/AC.249/1997/L.9/Rev. 1 (1997).
- NACIONES UNIDAS (1997). Study on Treaties, Agreements and Other Constructive Arrangements Between States and Indigenous Populations July 1997, reported to the UN for the “Working Group on Indigenous Peoples”. Final report by Mr. Miguel Alfonso Martinez, Special Rapporteur.
- NACIONES UNIDAS. (1998), Diplomatic Conference of Plenipotentiaries on the Establishment of an International Criminal Court Rome Doc. A/CONF.183/13 (Vol.II), 15 June - 17 July 1998 Official Records Volume II Summary records of the plenary meetings and of the meetings of the Committee of the Whole.
- NACIONES UNIDAS (2001). Conferencia Mundial contra el Racismo, la Discriminación Racial, la Xenofobia y las Formas Conexas de Intolerancia Declaración. www.un.org/es/events/pastevents/cmcr/durban_sp.pdf.
- NACIONES UNIDAS (2001). Documento AG/56/83. 85ª sesión plenaria de 12 de diciembre de 2001. Anexo Responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos (ARSIWA).

- NACIONES UNIDAS. UNESCO (2001). *Actas de la Conferencia General, 31a reunión*, París, 15 de octubre-3 de noviembre de 2001, v. 1: Resoluciones - UNESCO Biblioteca Digital.
- NACIONES UNIDAS (2003). Expert Seminar on Treaties, Agreements and Other Constructive Arrangements Between States and Indigenous Peoples, Geneva, 15-17 December 2003, Organized by the Office of the United Nations High Commissioner for Human Rights “The Anglo-Maasai-Agreements/Treaties – a case of Historical Injustice and the Dispossession of the Maasai Natural Resources (Land), and the Legal Perspectives”. HR/GENEVA/TSIP/SEM/2003/BP.7.).
- NACIONES UNIDAS UNESCO. (2004) Struggles against slavery International Year to Commemorate the Struggle against Slavery and its Abolition, 2004.
- NACIONES UNIDAS (2005). E/CN/.4/Sub.2/AC.5/2005/WP.3, 22 abril 2005.
- NACIONES UNIDAS (2007). Asamblea General. Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas. A/RES/61/295. Resolución 61/295, de 13 de septiembre de 2007.
- NACIONES UNIDAS (2009). State of the world’s indigenous peoples. Economic and Social Affairs. Doc ST/ESA/328, 2009.
- NACIONES UNIDAS (2010). Los Pueblos Indígenas de Norteamérica. Foro Permanente de las Naciones Unidas sobre Cuestiones Indígenas. Noveno período de sesiones. Jueves 22 de abril de 2010, 3 a 6 de la tarde. Sala de Conferencias 1, Naciones Unidas, Nueva York.
- NACIONES UNIDAS (2013). Los Pueblos Indígenas y el sistema de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, Oficina del Alto Comisionado. Naciones Unidas, Nueva York y Ginebra, 2013.
- NACIONES UNIDAS (2016). Asamblea General. Declaración Americana Sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas. AG/RES. 2888 (XLVI-0/16), de 15 de junio de 2016.
- NACIONES UNIDAS (2018), A/HRC/39/17/Add.2. Informe de la Relatora Especial sobre los derechos de los pueblos indígenas sobre su visita a México, de fecha 28 junio 2018.
- NACIONES UNIDAS (2021). Resolución 26/9 del Consejo de Derechos Humanos. OEIGWG Chairmanship Third Revised Draft 17.08.2021 Legally Binding Instrument To Regulate, In International Human Rights Law, The Activities Of Transnational Corporations And Other Business Enterprises.
- NAVARRO FLORIA, J.G. (2022) «Relevancia de la Religiosidad Indígena» en Camarero Suárez, María Victoria (2022). Los pueblos indígenas: marco especial de protección y efectividad de sus derechos. Aranzadi.

- NGULÚ, J.M. (2016). «Is Christianity in Africa a fruit of colonialism?» *Human Dignity Journal*, n.º 2.
- NUKADA, Y. (2020). «¿El Tribunal de Derecho Consuetudinario de Cabagra como reactivación de la tradición?: un análisis etnográfico de “justicia indígena” en Costa Rica». *Cuadernos de Antropología*. 30(2).
- NUNN, N. (2010). «Religion Conversion in Colonial Africa». *American Economic Review: Papers and Proceedings*, n.º 100.
- O'PHELAN C. (2020). La evaluación de la calidad educativa en el paradigma de la educación para vivir bien en Bolivia Magda Zea *Journal of Supranational Policies of Education*, nº11.
- OEHM, F.M. (2015). «Land Grabbing in Cambodia as a Crime Against Humanity. Approaches in International Criminal Law». *Verfassung Und Recht in Übersee. Law and Politics in Africa, Asia and Latin America*, 48(4).
- OGUNBADO, A.F. (2012). «Impacts of Colonialism on Religions: An Experience of Southwestern Nigeria». *IOSR Journal of Humanities and Social Science*.
- OLLÉ SESÉ (2003). Expert Seminar, 2003, cit. en p. 4, HR/GENEVA/TSIP/SEM/2003/BP.7.
- OLLESON, S. (2013) “Internationally Wrongful Acts in the Domestic Courts: The Contribution of Domestic Courts to the Development of Customary International Law Relating to the Engagement of International Responsibility”, *Leiden Journal of International Law* (2013), 26, pp. 615–642, 2013.
- OLLESON, S. «The impact of the ILC’s Articles on Responsibility of States for International Wrongful Acts». *British Institute of International and Comparative Law*. (Draft online).
- ONALO P. L. (2010) *Law and Conveyancing in Kenya*. Law Africa. Nairobi: Kenya, 2010.
- ONYANGO O, P. (2014). «Balancing of Rights in Land Law: A Key Challenge in Kenya».
- ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO (1930). *SOCIEDAD DE NACIONES, Memoria del Director. Primera Parte, Conferencia Internacional del Trabajo, 14a Reunión, 1930*.
- ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO (1932) *Informe de la Liga de Naciones. Resumen de los Informes anuales a los que el artículo 408º del Tratado de Versalles hace referencia*.
- ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO (1935). *Informe sobre el trabajo de las mujeres, 1935*.

- ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO (1935). Report on Social Insurance, sobre los niños y jóvenes.
- ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO (1935). Report on Social Insurance.
- ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO (1935). Report on the Employment of Children and Young Persons.
- ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO (1935). The Recruiting of Labour in Colonies and in Other Territories with Analogous Labour Conditions. Report IV, International Labour Conference, 19th Session, 1935.
- ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO (1935). The Regulation of Certain Special Systems of Recruiting Workers. Questionnaire I, 1935.
- ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO (1935). The Regulation of Certain Special Systems of Recruiting Workers. Questionnaire I, 1935.
- ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO (1936). Conferencia del Trabajo de los Estados de América Miembros de la Organización Internacional del Trabajo. Santiago de Chile. 2 al 14 de Enero de 1936. Actas de las Sesiones.
- ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO (1936). Report on the Employment of Children and Young Persons.
- ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO (1936). The Regulation of Certain Special Systems of Recruiting Workers. Report I, International Labour Conference, 20th Session, 1936.
- ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO (1938). Informe II. Reglamentación de los contratos de trabajo de los trabajadores indígenas, Conferencia Internacional del Trabajo, 24a Reunión, 1938 (extracto).
- ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO (1939). Informe II. Reglamentación de los contratos de trabajo de los trabajadores indígenas, Conferencia Internacional del Trabajo, 25a Reunión, 1939.
- ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO (1944). Informes sobre la aplicación de Convenios (Artículo 22 de la Constitución). Informe VI, Conferencia Internacional del Trabajo, 26a Reunión, 1944.
- ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO (1959). «Ratificación del “Convenio 107” de 1957». (1959). OIT. http://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=1000:11300:0::NO:11300:P11300_INSTRUMENT_ID:312252.
- ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO (1961). Informe III (Parte IV), «Information and Reports on the Application of Conventions and Recommendations». Sesión 45, Ginebra 1961. Disponible en [http://www.ilo.org/public/libdoc/ilo/P/09661/09661\(1961-45-IV\).pdf](http://www.ilo.org/public/libdoc/ilo/P/09661/09661(1961-45-IV).pdf).

- ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO (1964). Informe III (Parte I), «Information and Reports on the Application of Conventions and Recommendations». Ginebra 1964. Disponible en [http://www.ilo.org/public/libdoc/ilo/P/09661/09661\(1964-48\).pdf](http://www.ilo.org/public/libdoc/ilo/P/09661/09661(1964-48).pdf).
- ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO (1965). Informe III (Parte I), «Information and Reports on the Application of Conventions and Recommendations». Ginebra 1965. [http://www.ilo.org/public/libdoc/ilo/P/09661/09661\(1965-49\).pdf](http://www.ilo.org/public/libdoc/ilo/P/09661/09661(1965-49).pdf).
- ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO (1967). Informe III (Part I) «Information and Reports on the Application of Conventions and Recommendations». 1967, Disponible en [http://www.ilo.org/public/libdoc/ilo/P/09661/09661\(1967-51\).pdf](http://www.ilo.org/public/libdoc/ilo/P/09661/09661(1967-51).pdf).
- ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO (1969). «Informe III. Resumen de informes y propuestas ratificadas». International Labour Conference. 1969. Disponible en [http://www.ilo.org/public/libdoc/ilo/P/09661/09661\(1969-53\).pdf](http://www.ilo.org/public/libdoc/ilo/P/09661/09661(1969-53).pdf).
- ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO (1970). «Informe III. Resumen de informes y propuestas ratificadas». International Labour Conference. 1970. Disponible en [http://www.ilo.org/public/libdoc/ilo/P/09661/09661\(1970-54\).pdf](http://www.ilo.org/public/libdoc/ilo/P/09661/09661(1970-54).pdf).
- ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO (1974). «Informe III. Summary of Reports on Ratified Conventions». (1974). [http://www.ilo.org/public/libdoc/ilo/P/09661/09661\(1974-59\).pdf](http://www.ilo.org/public/libdoc/ilo/P/09661/09661(1974-59).pdf).
- ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO (1976). «Informe III. Summary of Reports on Ratified Conventions». (1976). Disponible en [http://www.ilo.org/public/libdoc/ilo/P/09661/09661\(1976-61\).pdf](http://www.ilo.org/public/libdoc/ilo/P/09661/09661(1976-61).pdf) (ilo.org).
- ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO (1977). «Informe III. Summary of Reports on Ratified Conventions». (1977), Disponible en [http://www.ilo.org/public/libdoc/ilo/P/09661/09661\(1977-63\).pdf](http://www.ilo.org/public/libdoc/ilo/P/09661/09661(1977-63).pdf).
- ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO (1979). «Informe III. Summary of Reports on Ratified Conventions». (1979). Disponible en [http://www.ilo.org/public/libdoc/ilo/P/09661/09661\(1979-65\).pdf](http://www.ilo.org/public/libdoc/ilo/P/09661/09661(1979-65).pdf).
- ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO (1980). «Informe III. Summary of Reports on Ratified Conventions». (1980). Disponible en [http://www.ilo.org/public/libdoc/ilo/P/09661/09661\(1980-66\).pdf](http://www.ilo.org/public/libdoc/ilo/P/09661/09661(1980-66).pdf).
- ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO (1981). «Informe III. Part 4 A. Report of the Committee of Experts on the Application of Conventions and Recommendations». General Report and Observations concerning Particular countries. (1981). Disponible en [http://www.ilo.org/public/libdoc/ilo/P/09661/09661\(1981-67-4A\).pdf](http://www.ilo.org/public/libdoc/ilo/P/09661/09661(1981-67-4A).pdf).

- ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO (1982). «Informe III. Summary of reports». (1982). Disponible en [http://www.ilo.org/public/libdoc/ilo/P/09661/09661\(1982-68\).pdf](http://www.ilo.org/public/libdoc/ilo/P/09661/09661(1982-68).pdf).
- ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO (1983). «Informe III. Summary of reports». (1983), 1, 2 y 3.f. Sesión 69 de 1983, Informe III (Partes 1, 2 y 3). Disponible en [http://www.ilo.org/public/libdoc/ilo/P/09661/09661\(1983-69\).pdf](http://www.ilo.org/public/libdoc/ilo/P/09661/09661(1983-69).pdf).
- ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO (1984). «Informe III. «Informe III. Summary of reports». (1984). Disponible en [http://www.ilo.org/public/libdoc/ilo/P/09661/09661\(1984-70\).pdf](http://www.ilo.org/public/libdoc/ilo/P/09661/09661(1984-70).pdf).
- ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO (1985). «Informe III. Summary of reports». (1985). [http://www.ilo.org/public/libdoc/ilo/P/09661/09661\(1985-71\).pdf](http://www.ilo.org/public/libdoc/ilo/P/09661/09661(1985-71).pdf).
- ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO (1986). «Informe III. Summary of reports». (1986). [http://www.ilo.org/public/libdoc/ilo/P/09661/09661\(1986-72\).pdf](http://www.ilo.org/public/libdoc/ilo/P/09661/09661(1986-72).pdf).
- ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO (1987). «Informe III. Summary of reports». (1987).
- ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO (1988). «Informe III. Summary of reports». (1988). [http://www.ilo.org/public/libdoc/ilo/P/09661/09661\(1988-75\).pdf](http://www.ilo.org/public/libdoc/ilo/P/09661/09661(1988-75).pdf).
- ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO (1988). Las normas internacionales del trabajo. Manual de educación obrera, 1998.
- ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO (2001). National Confederation of Trade Unions of Greenland (Sulinermik Inuussutissarsiateqartut Kattuffiat-SIK).
- ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO (2002). Nota de información sobre el estado de las labores y decisiones adoptadas en materia de revisión de normas, Consejo de Administración, 283a Reunión, 2002, GB.283/LILS/WP/PRS/1/2.
- ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO (2007). Eliminación de la discriminación de los pueblos indígenas y tribales en materia de empleo y ocupación. Guía sobre el Convenio núm. 111 de la OIT, 2007.
- ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO (2009). “Los Derechos de los Pueblos Indígenas y Tribales en la Práctica - Una Guía sobre el Convenio No. 169 de la OIT”. Programa para promover el Convenio Núm. 169 de la OIT (PRO-169), Departamento de Normas Internacionales del Trabajo, 2009, pp. 9 y 10. Disponible en https://www.ilo.org/newyork/publications-deprecated/WCMS_113014/lang-es/index.htm.

- ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO (2013). Handbook: For ILO Tripartite Constituents. Understanding the C.169, 2013.
- ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO (2015). La OIT durante el período de entre guerras. 1936, en www.ilo.org.
- ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO (2016). Informe sobre el trabajo de las mujeres.
- ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO (2018). Derogación de seis convenios internacionales del trabajo y retiro de tres recomendaciones internacionales del trabajo. Informe VII (1), Conferencia Internacional del Trabajo, 107a Reunión, 2018.
- ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO (2022), COOPERACIÓN ESPAÑOLA-GUATEMALA La protección social como ruta hacia una recuperación inclusiva frente a la pandemia de COVID.
- ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO La OIT durante el período de entre guerras. 1936, en *Documentos claves: 1936 - La OIT Durante el Período de Entre Guerras - Oficina de Biblioteca y Servicios de Información (ilo.org)*.
- ORTEGA CARRILLO DE ALBORNOZ, A. (1999), Derecho Privado Romano, Promotora Cultural Malagueña.
- OSSIPOV, W., DOMINIK, G. (2017). «The reception of Vattel's Law of Nations in the American Colonies: from James Otis and John Adams to the Declaration of Independence», en *American Journal of Legal History*, 57.
- PANDE, D y JHA, M. «Cultural Identity and Human Rights: Minority Claims, Ethnic Identity and Group Rights». *Open Journal of Political Science*, 6, 351-362.
- PAPADÓPOLO, M. (1995). El nuevo enfoque internacional en materia de derechos de los pueblos indígenas. Instituto de Investigaciones Económicas y Sociales.
- PAREDES PAREDES, F.I: (2021). «Pueblos indígenas y tribales y derechos humanos en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: una mirada crítica». *Anuario mexicano de derecho internacional*, 21.
- PAREDES PAREDES. F.I.. (2018) Implementación de la ley 070, Avelino Siñani - Elizardo Perez, en la Unidad Educativa Luis Espinal Camps N°2 entre los años 2013 al 2015. <http://repositorio.umsa.bo/xmlui/handle/123456789/19646>.
- PENTIKÄINEN, J. (1987). «The Saami shamanic drum in Rome». *Scripta Instituti Donneriani Aboensis* vol 12. Kingsbury, B. (2011). «Indigenous People». *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, Oxford University Press.

- PEREIRA, R. (2020). «After the ICC Office of the Prosecutor's 2016 Policy Paper on Case Selection and Prioritization: Towards an-International Crime of Ecocide?». *Crim Law Forum* 31.
- RAMÍREZ RESTREPO, R.A. (2013) «El fuero indígena en Colombia». Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. Biblioteca Jurídica Virtual. Instituto Interamericano de Derechos Humanos.
- REDMAN's APPEAL FOR JUSTICE to the League of Nations. Texto disponible en <https://cendoc.docip.org/collect/deskaheh/index/assoc/HASH0102/5e23c4be.dir/R612-11-28075-30626-8.pdf>.
- REGALADO, J. A. (2012). «De las sanciones y las penas en las Justicia Indígena» en *Bases para la Resolución de los Casos. Elementos y técnicas de pluralismo político*. UNAM.
- REGUART SEGARRA, N. (2021). «Los pueblos indígenas de Canadá y la defensa de sus territorios sagrados. Análisis sociológico y jurisprudencial», en *Deusto*. Instituto de Derechos Humanos, n.º 98.
- REGUART SEGARRA, N. (2022) «Indigenous Peoples' Religious Freedom under The Duty of State Neutrality: Reflections from Canada», en Camarero Suárez, María Victoria (2022). *Los pueblos indígenas: marco especial de protección y efectividad de sus derechos*. Aranzadi.
- RINCÓN GARCÍA, J.J. (2009). «Diversos y comunes: elementos constitutivos del conflicto entre comunidades indígenas, campesinas y afrocolombianas en el departamento del Cauca», en *Análisis político*, vol. 22, n.º 65.
- RONCONI, L., BARRACO, M. (2021). «La consolidación de los DESCA en la Corte Interamericana de Derechos Humanos: reflexiones a propósito del caso *Lhaka Honhat vs. Argentina*». *Revista de la Facultad de Derecho*, 50.
- ROY, C., KAYE, M. (2002). *The International Labour Organization: A Handbook for Minorities and Indigenous Peoples*, Minority Rights Group International and Anti-Slavery International.
- RUIZ, O. (2007). «El derecho a la identidad cultural de los pueblos indígenas y las minorías nacionales. Una mirada desde el sistema interamericano». *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, nueva serie, año XL, núm. 118, enero-abril de 2007, pp. 193-239.
- RUTO ROSE, T. (2005). *The Treaties that rendered the Maasai Landless*. University of Nairobi Press.
- SALVIOLI, F.O. (2003). El Aporte de la Declaración americana de 1948, para la protección internacional de los derechos humanos, en *Seminario: El Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos*.
- SAN MIGUEL MORA, J. (2015). «La consolidación de la jurisdicción indígena en México, en el siglo XXI. Interpretación y experiencia judicial, desde la perspectiva de los Derechos Humanos. Realidad social y política con un

- enfoque diferenciado». Instituto Interamericano de Derechos Humanos. Biblioteca Jurídica Virtual.
- SÁNCHEZ BELLA, I. (1990). «Aportación española a la Historia del Derecho Indiano (1940-1989)», *Revista de Indias*, vol. 50, n.º 188.
- SÁNCHEZ DE MOVELLÁN TORRENT, I. (2014). «La dignidad humana como base de los Derechos Humanos Fundamentales: De los escritos de los teólogos-juristas del S. XVI a la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea», en Goizueta Vértiz, J., Cienfuegos Mateo, M. (Dir.) (2014). *La eficacia de los derechos fundamentales de la UE*. Editorial Aranzadi.
- SANT GISBERT, J. El modelo económico colonial y sus contradicciones: Fernando Poo (1900-1936), en *Afro-Hispanic Review*, 2009, vol. 28, n.º 2, p. 67.
- SEIBERT-FOHR, A. (2009). *Prosecuting Serious Human Rights Violations*. Oxford University Press.
- SERVAIS, J.M. (2008) «Reflexiones sobre la dificultad de aplicar las normas internacionales de Trabajo» en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, n.º conmemorativo.
- SHABBAS, W. «Complementary in practice». ICC-01/05-01/08-721-Anx11 16-03-2010 21/29 CB T.
- SHEFFIELD, R.S., RISEMAN, N. (2018). *Indigenous Peoples and the Second World War. The Politics, Experiences and Legacies of War in the US, Canada, Australia and New Zealand*, Cambridge University Press.
- SIERRA M.T. (2005). «Derecho Indígena y acceso a la justicia en México: perspectivas desde la interlegalidad. *Revista Interamericana de Derechos Humanos*, vol. 41.
- SIMON OLLESON, «Internationally Wrongful Acts in the Domestic Courts: The Contribution of Domestic Courts to the Development of Customary International Law Relating to the Engagement of International Responsibility», en *Leiden Journal of International Law* (2013), 26, pp. 615–642, 2013.
- STAVENHAGEN, R. (1988). *Derecho indígena y derechos humanos en América Latina*. El Colegio de México.
- STAVENHAGEN, R., (1990). *The Ethnic Question: conflicts, development, and human rights*. United Nations University Press.
- STAVENHAGEN, R. (1991). «Los conflictos étnicos y sus repercusiones en la sociedad internacional», *Revista Internacional de Ciencias sociales*, vol. XLIII, n.º 1.
- STAVENHAGEN, R. (1992). «Los derechos indígenas: algunos problemas conceptuales», *Revista IIDH*, vol. 15.

- STEPHENS, C. (2015) «The indigenous experience of urbanization» en Grant, P. (2015) *State of the World's Minorities and Indigenous People*. Minority Rights Watch International.
- STURMA, P. (2020). «State Responsibility and the European Convention on Human Rights», publicado en <https://rm.coe.int/the-issues-of-state-responsibility-before-the-ecthr/1680a05736>).
- SULLIVAN, L. (Ed). (2013). *Religions of the World: A Cultural Introduction to the Making of Meaning*, Fortress Press.
- SWEPSTON, L. «Development of the ILO Conventions», en AA.VV. (2015). *Indigenous Peoples' Rights in International Law: Emergence and Application*. Book in Honor of Asbjørn Eide at Eighty, IWGIA Press.
- SZPAK, A. (2019). «Indigenous justice system and harmonization with the ordinary justice System» Special Rapporteur on the Rights of Indigenous Peoples (07.04.2019).
- TARDIF, E. (2013). «Acercamiento al sistema africano de protección de los derechos humanos: avances y retos». *Anuario de Derechos Humanos*, (9).
- THORNBERRY, P. (2002). *Indigenous peoples and Human rights*. Manchester University Press.
- TOLONO RUTE, R. (2005). «The Treaties that rendered the Maasai Landless». University of Nairobi Press.
- TOMASSELLI, A. (2015). *Indigenous Peoples and their Right to Political Participation: International, Nomos*, 2015, p. 40; L. SWEPSTON, *Development of the ILO Conventions*, en AA.VV. (eds.), *Indigenous Peoples' Rights in International Law: Emergence and Application*. Book in Honor of Asbjørn Eide at Eighty, Gáldu, IWGIA.
- TOMUSCHAT, C. (2009). «Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos». United Nations Audiovisual Library of International Law.
- TORRECUADRADA GARCÍA LOZANO, S. (2001). «Los tratados internacionales y Pueblos Indígenas» en *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*.
- TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS. (2011). «Cultural Rights in the case-law of the European Court of Human Rights». Council of Europe / European Court of Human Rights, January 2011.
- TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS. (2022). «Guide on Article 9» disponible en https://www.echr.coe.int/documents/guide_art_9_eng.pdf.
- TWOMEY, H. (2014). «Displacement and dispossession through land grabbing in Mozambique. The limits of international and National legal instruments». Working Papers, n.º 101. Refugee Studies Centre Oxford Department of International Development University of Oxford.

- VALIENTE, H. (2020). «El genocidio Aché: de la protección internacional a la jurisdicción universal». Estudios sobre el Genocidio, año 11, vol. 15.
- VALTICOS, N. Derecho internacional del trabajo, Tecnos, 1977.
- VATTEL, Monsieur de. (2003). The Law of Nations or Principles of the Law of the Nature. Book II. Of a Nation considered in its relation to others. Chap. I. Of the common duties of a nation toward others; or, of the Offices of Humanity between Nations.
- VEBER, H et al. (1993). Never Drink from the Same Cup. Proceedings of the conference on indigenous peoples in Africa. IWGIA, Doc. n° 74, 1993.
- VELIZ CATALAN, N. (2020). La educación intercultural en la Guatemala del siglo XXI: una crítica desde la Historia. Rev.hist.educ.latinoam.
- VON POTOBSKY, G. W., BARTOLOMEI DE LA CRUZ, H.G. (1990) La Organización Internacional del Trabajo, Astrea.
- WASHBURN, JOHN. (2017). American Coalition for the ICC (AMICC)/ A 2017 report by the watchdog Global Witness.
- WASHBURN, W.B. (1976). «The historical context of the America Indian legal problems», en Rosen, L. (1976). American Indians and the Law, Duke University vol. 40, 1.
- WIESSNER, S. (2011). «The Cultural Rights of Indigenous Peoples: Achievements and Continuing Challenges» en The European Journal of International Law, vol. 22 N°. 1.
- WRIGHT ROBIN M. (2013). «Indigenous Religious Traditions of the World», en: Lawrence E. Sullivan (ed.). (2013). Religions of the World: A Cultural Introduction to the Making of Meaning, Fortress Press.
- ZAMORA CABOT, FJ. (2015). «Desarrollo sostenible y empresas multinacionales: un estudio sobre los acaparamientos de tierra (land grabbings) en clave de responsabilidad», en Huri-Age n° 4.
- ZAMORA CABOT, FJ. (2016) «Kiobel vs. Royal Dutch Corp. y los litigios transnacionales sobre derechos humanos», en Innerarity, D., Aymerich Ojea, I. (Dirs). (2016). Derechos humanos y políticas públicas europeas. Paidós,
- ZOLLA, C. Y ZOLLA MÁRQUEZ, E. (2004). Los pueblos indígenas de México, 100 preguntas. UNAM.

Legislación y declaraciones

Internacional

Asamblea General de Naciones Unidas, Resolución 217 A (III). Declaración Universal de Derechos Humanos, 10 Diciembre 1948.

Asamblea General de Naciones Unidas. Pacto de Derechos Civiles y Políticos y de los Derechos Económicos Sociales y Culturales Resolución 2200 (XXI) de 16 de diciembre de 1966.

Asamblea General de Naciones Unidas. Resolución 61/295, 107a. sesión plenaria 13 de septiembre de 2007. Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas

Organización Internacional del Trabajo

Convenio C024 - Convenio sobre el seguro de enfermedad (industria), 1927 (núm. 24) 15 de julio.

Convenio C025 - Convenio sobre el seguro de enfermedad (agricultura), 1927 (núm. 25) de 1927, adoptado en la 10a Reunión de Ginebra de 15 de julio.

Convenio C050 - Convenio sobre el Reclutamiento de Trabajadores Indígenas, 1936 (Núm. 50). **Convenio** Derogado - por Decisión de la Conferencia Internacional del Trabajo en su 107.A Reunión (2018)

Convenio C064 - Convenio Sobre los Contratos de Trabajo (Trabajadores Indígenas), 1939 (Núm. 64). [**Convenio** Derogado - por Decisión de la Conferencia Internacional del Trabajo en su 107.A Reunión (2018)].

Convenio relativo a la protección e integración de las poblaciones indígenas y de otras poblaciones tribuales y semitribuales en los países independientes. (Convenio N° 107 OIT). Disponible en http://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_ILO_CODE:C107.

Convenio sobre pueblos indígenas y tribales, 1989 (núm. 169). Disponible en https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::p12100_instrument_id:312314.

Derogación de seis convenios internacionales del trabajo y retiro de tres recomendaciones internacionales del trabajo. Informe VII (1), Conferencia Internacional del Trabajo, 107a Reunión, 2018.

Regional

África

OUA, African Charter on Human and Peoples' Rights. Adopted by the eighteen Assembly of Head of States Government, June 1981. Nairobi, Kenya. CAB/LEG/67/3 rev. 5, 21 I.L.M. 58 (1982).

Protocol to the African Charter on Human and Peoples' Rights on the Establishment of an African Court on Human and Peoples' Rights.

African Union. June 10, 1998. Disponible en <https://au.int/en/treaties/protocol-african-charter-human-and-peoples-rights-establishment-african-court-human-and>.

América

Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre. Aprobada en la Novena Conferencia Internacional Americana, Bogotá, Colombia, 1948 Disponible en <https://www.oas.org/es/cidh/mandato/basicos/declaracion.asp>.

Convención Americana sobre Derechos Humanos “Pacto de San José de Costa Rica”, Organización de los Estados Americanos (OEA), 22 noviembre 1969.

Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas. AG/RES. 2888 (XLVI-O/16) DECLARACIÓN AMERICANA SOBRE LOS DERECHOS DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS. (Aprobada en la segunda sesión plenaria, celebrada el 14 de junio de 2016).

Europa

Consejo de Europa. Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, hecho en Roma el 4 de noviembre de 1950.

Unión Europea. Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. 2000/C-364/01. DOCE de 18 de diciembre de 2000.

Nacional

Bolivia

Constitución de 2009 del Estado Plurinacional de Bolivia. Disponible en Constitución de 2009 del Estado Plurinacional de Bolivia.

Gaceta Oficial del Estado plurinacional de Bolivia. Ley de Educación Avelino Siñani-Elizardo Perez, Ley N° 70 del 20 de diciembre del 2010.

Ley núm. 073 de Deslinde Jurisdiccional, de 29 de diciembre de 2010. Gaceta Oficial del Estado Plurinacional de Bolivia de 29 de diciembre De 2010. Disponible en <https://bolivia.infoleyes.com/norma/2769/ley-de-deslinde-jurisdiccional-073>.

Colombia

Constitución Política de Colombia. Disponible en <https://wipolex.wipo.int/es/legislation/details/5431>.

Consejo Superior de la Judicatura. Proyecto de Ley de Coordinación del Sistema Judicial Nacional y la Jurisdicción Especial Indígena.

Ecuador

Constitución de la República del Ecuador. Disponible en <https://wipolex.wipo.int/es/legislation/results?countryOrgs=EC&typeOfText=204&last=true>.

Kenia

East Africa Hut Tax Ordinance de 1903.

México

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (texto refundido publicado en el Diario Oficial de la Federación el 28 de mayo de 2021). Disponible en <https://wipolex.wipo.int/es/text/583949>.

Decreto por el que se expide la Ley de Derechos de los pueblos y barrios originarios y comunidades indígenas residentes en la Ciudad de México», Gaceta Oficial de La Ciudad de México n.º. 43, 20 de diciembre de 2019.

Ley de Derechos, Cultura y Desarrollo de los Pueblos y Comunidades Indígenas del Estado de Puebla. 7 enero de 2011. Gobierno del Estado de Puebla Secretaría General de Gobierno Orden Jurídico Poblano.

Papúa Nueva Guinea

Constitución de 1975. <https://wipolex.wipo.int/es/legislation/details/7448>.

Perú

Constitución Política del Perú. Disponible en <https://wipolex.wipo.int/es/legislation/details/21225>.

Venezuela

Constitución de la República Bolivariana de Venezuela. Disponible en <https://wipolex.wipo.int/es/legislation/details/3981>.

Ley Orgánica de Pueblos y Comunidades Indígenas de 2005, <https://observatoriop10.cepal.org/es/instrumentos/ley-organica-pueblos-comunidades-indigenas>.

Jurisprudencia. Sentencias, decisiones y opiniones

Internacional

Comité de Derechos Humanos. Naciones Unidas.

Sandra Lovelace c./ Canadá, Communication n.º 24/1977: Canadá 30/07/81, UN. Doc. CCPR/C/13/D/24/1977. Disponible en <http://hrlibrary.umn.edu/undocs/session36/6-24.htm>.

Asunto Ivan Kitok vs. Sweden, Comunicación n.º 197/1985, U.N. Doc. CCPR/C/33/D/197/1985 (1988).

Asunto O. Sara et al v Finlandia, Communication n.º 431/1990, Decisión de 23 de marzo de 1994.

Asunto Ilmari Länsman y otros vs. Finland, Comunicación n.º 511/1992, U.N. Doc. CCPR/C/52/D/511/1992, (1994).

Asunto Länsman et al. vs. Finland. CCPR/C/58/D/671/1995 (1996).

Asunto Anni Äärelä and Jouni Näkkäläjärvi vs. Finland (Communication No 779/1997), (2001). Report of the Human Rights Committee, Vol II UN doc A/57/40 at 117-130.

Comité para la eliminación de la discriminación racial. Naciones Unidas.

Observación de 21 de agosto del 2008. 73ª session (2008). Doc. CERD/C/SWE/CO/18.

Corte Internacional de Justicia

Caso de reparación por daños sufridos al servicio de las Naciones Unidas, Opinión consultiva de 11 de abril de 1949. Tribunal Europeo de Derechos Humanos. 1949.

Corte Penal Internacional

The Prosecutor vs. Thomas Lubanga Dyilo Situation (ICC-01/04-01/06-3129-Anx A). Corte Penal Internacional. 3 de marzo de 2015.

Situation in the Islamic Republic of Afghanistan. (ICC-02/17). Corte Penal Internacional. 3 de marzo de 2015.

Regional

African Commission of Human and Peoples' Rights

Asunto 276/03 Centre for Minority Rights Development (Kenya) and Minority Rights Group (on behalf of Endorois Welfare Council), Decisión de 25 de noviembre de 2009.

Communication 155/96. Ref. ACHPR/COMM/A044/1. The Social and Economic Rights Action Center and the Center for Economic and Social Rights / Nigeria. Decisión de 27th May 2002.

Communication 317/2006. The Nubian Community in Kenya vs The Republic of Kenya, Decisión de 28 de febrero de 2015.

African Commission on Human and Peoples' Rights vs. Republic of Kenya. Application n. ° 006/2012. (Judgment of 26 May 2017).

African Court of Human and Peoples' Rights

Communication no 381/09. Complainants' submissions on admissibility, Minority Rights Group International & Ogiek Peoples Development Programme (on behalf of the Ogiek Community) vs. Republic of Kenya. CEMIRIDE. 2009

Asunto Reverend Christopher R. Mtikila vs. The United Republic of Tanzania. Application n° 011 of 2011. Ruling on reparations.

Order (Intervention) 4 de julio de 2019 in the applications for intervention by Wilson Barngetuny Koimet and 119 others in the matter of African Commission on Human and Peoples' Rights v Republic of Kenya, application 006/2012. African Commission of Human and Peoples Rights. 2012.

Commission on Human and Peoples' Rights vs. Republic of Kenya. Application 006/2012. Judgment on Reparations. 23 June 2022. African Commission of Human and Peoples Rights. 2022.

Comité africano de expertos en los derechos y bienestar de los niños (ACERWC)

Decision on the Communication Submitted by The Institute for Human Rights and Development in Africa and The Open Society Justice Initiative (On Behalf Of Children Of Nubian Descent In Kenya) Against The Government of Kenya Decision: No 002/Com/002/2009. 22 de marzo de 2011.

Comisión interamericana de Derechos Humanos

Caso 1802, Tribu Aché, Paraguay (1977).

Corte Interamericana de Derechos Humanos

Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras. Sentencia de 29 de julio de 1988 (Fondo). Corte IDH. 1988.

- Caso Ivcher Bronstein vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 6 de febrero de 2001. Serie C No. 74. Corte IDH. 2001.
- Caso Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingi vs. Nicaragua. Sentencia de fecha 31 de agosto de 2001. Corte IDH. 2001.
- Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2001. Serie C No. 79. Corte IDH. 2001.
- Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados. Opinión Consultiva OC-18/03 de 17 de septiembre de 2003. Serie A No. 18. Corte IDH. 2003.
- Caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de julio de 2004. Serie C No. 107. Corte IDH. 2004.
- Caso Ricardo Canese vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2004. Serie C No. 111. Corte IDH. 2004.
- Caso Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay (Fondo, Reparaciones y Costas). Sentencia de 17 de junio de 2005. Serie C No. 146. Corte IDH. 2005.
- Caso Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay. Interpretación de la Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 6 de febrero de 2006. Serie C No. 142. Corte IDH. 2006.
- Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de septiembre de 2006. Serie C, No. 154. Corte IDH. 2006.
- Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de marzo de 2006. Serie C No. 146. Corte IDH. 2006.
- Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas). Sentencia de 28 de noviembre de 2007. Corte IDH. 2007.
- Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek. vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de agosto de 2010 Serie C No. 214.
- Caso Gelman vs. Uruguay. Fondo y Reparaciones. Sentencia de 24 de febrero de 2011. Corte IDH. 2011.
- Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador. Fondo y reparaciones. Sentencia de 27 de junio de 2012. Serie C No. 245. Corte IDH. 2012.
- Caso Comunidades Indígenas Miembros de la Asociación Lhaka Honhat (Nuestra Tierra) vs. Argentina. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 6 de febrero de 2020. Corte IDH. 2020.

Comisión Europea de Derechos Humanos

- Asunto Tyrer vs. The United Kingdom, 5856/72, judgment of 25 April 1978. Series A no. A26. Tribunal Europeo de Derechos Humanos. 1978.
- Asunto G. and E. v. NORWAY «Application n.º 9278/81 & 9415/81&. Comisión Europea de Derechos Humanos. Decisión de 3 de octubre de 1983. <https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-74157>.
- Asunto Kõnkämä and 38 other sami villages vs. Sweden. Application n.º 27033/95. Decisión de 25 de noviembre de 1996.

Tribunal Europeo de Derechos Humanos

- Asunto Chappell vs. the United Kingdom, 12587/86. Tribunal Europeo de Derechos Humanos. 1987. Disponible en: <https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-481>.
- Asunto Arthur U. Pendragon vs. the United Kingdom. Application No. 31416/96. Commission decision of 19 October 1998. <https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-4459>.
- Asunto Johti Sappmelaccatry and others vs. Finland. Application 42969/98. 2005.
- Asunto Handölsdalen Saami Village and others vs. Sweden. Application no. 39013/04. 17 February 2009 (admissibility) Judgment 30 March
- Asunto Folgerø and Others vs. Norway [GC] - 15472/02, Judgment 29.6.2007 [GC]. Tribunal Europeo de Derechos Humanos. 2007.

Tribunal de Justicia de la Unión Europea

- Conclusiones del Abogado General Kokkot. Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Asunto C398/13 P Inuit Tapiriit Kanatami y otros contra Comisión Europea y otros. 19 de marzo de 2015 <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/HTML/?uri=CELEX:62013CC0398&from=EN>.
- Recurso de casación: asunto ante el Tribunal General T-526/10» sobre Inuit Tapiriit Kanatami y otros vs. Comisión Europea y otros. Caso C-398/13 P. Sentencia del Tribunal de Justicia (2015). ECLI:EU:C: 2015:535

Nacional

Australia

- High Court of Australia. Mabo vs. Queensland [No 2] [1992] HCA 23. High Court of Australia 3 de junio de 1992.

Colombia

- Sentencia T-380/93. Corte Constitucional de Colombia. 1993.
Sentencia T-349/96. Corte Constitucional de Colombia. 1996.
Sentencia T-496/96. Corte Constitucional de Colombia. 1996.
Sentencia T-523/97. Corte Constitucional de Colombia. 1997.
Sentencia T-778-05. Corte Constitucional de Colombia. 2005.
Compilación y selección de los fallos y decisiones de la Jurisdicción Especial Indígena. 1980-2006. Consejo Superior de la Judicatura. Colombia, 2006.
Sentencia T-1105/08. Corte Constitucional de Colombia. 2008.
Sentencia T-617/10. Corte Constitucional de Colombia. 2010.
Sentencia T-921/13. Corte Constitucional de Colombia. 2013.
Sentencia T-975-14. Corte Constitucional de Colombia. 2014.
Sentencia T-81/15. Corte Constitucional de Colombia. 2015.
Expediente T-4.615.074. Corte Constitucional de Colombia. 2015.
Auto A206-21. Corte Constitucional de Colombia. 2021.

Ecuador

- Sentencia 0044-2017. Corte Nacional de Justicia del Ecuador. 2017.

Estados Unidos

- Asunto Kiobel et al. vs. Royal Dutch Petroleum Company Plaintiffs et al. (n.º 02CIV7618KMWHBP). United States District Court, New York. September 29, 2006.
Asunto Kiobel vs. Royal Dutch Petroleum. Supreme Court of the United States. 569 U.S. n.º 10-1491 (2013).

Kenia

- Asunto The Ol Ole Njogo and Others versus The Attorney General Civil Case No. 91 of 1912 (E.A.P. 1914), 5 E.A.L.R. 70.
Asunto Moses Lesiamon Ole Mpoe & another vs. Commissioner of Lands & 4 Others. High Court. HC Nakuru, Civil Case 341 of 2004. 3 August 2005.
Asunto Joseph Letuya and 21 others vs. Attorney General and 5 others. High Court. HCCA n.º 635/97. The PC Rift Valley Provincial Forest Officer, District Commissioner of Nakuru, Wilson Chepkwony, Director of Forest. 17 Mar 2014.

México

- Amparo Directo 6/2018. Sentencia de 21 de noviembre de 2019. Suprema Corte de Justicia de la Nación, México. 2019.

Toca Penal 678/2012. Primer Tribunal Unitario del Décimo Tercer Circuito, Oaxaca, Estado de Juárez. México. 2012. Disponible en http://w3.cjf.gob.mx/serie_page/consulta_siserep/documentos/13-TU01-MX-57043-12957-12934271-201307311316.DOC.

India

Secretary of State in Council of India **vs.** Kamachee Boye Sahaba, sentencia del 9 de julio de 1859. Disponible en: <https://www.sci.govs.in/jonew/judis/3859.pdf>.

Webgrafía

Coalition for the ICC Online: <https://www.coalitionfortheicc.org/global-challenges-icc-protecting-indigenous-peoples>.

Cultural Survive. <https://www.culturalsurvival.org/news/resilience-and-resistance-nahuat-pipil-peoples-el-salvador>.

Infobae. «La deforestación en la amazonia brasileña aumentó en los últimos quince años». <https://www.infobae.com/america/medio-ambiente/2021/11/18/la-deforestacion-en-la-amazonia-brasilena-aumento-un-22-es-un-record-en-los-ultimos-15-anos/>.

Indigenous Russia, «El Ministerio de la Región de Múrmansk impugna la decisión del Tribunal Constitucional de Rusia». Rusia Indígena (indigenous-russia.com) 20 enero 2021 Just Security. David Luban en del 17 de marzo de 2020. <https://www.justsecurity.org/69188/the-interests-of-justice-at-the-icc-a-continuing-mystery/>.

La Ley Online. (Perú). Entrada de Kai Ambos. 7 junio 2019. <https://laley.pe/2019/06/07/corte-penal-internacional-reformas-pendientes/>

Leiden Universiteit. Agenda de «Indigenous Peoples and trials before international criminal courts and tribunals», <https://www.universiteitleiden.nl/agenda/2022/05/indigenous-peoples-and-trials-before-international-criminal-courts-and-tribunals>.

Minority Rights Group International, 26 May 2017. «Huge victory for Kenya's Ogiek as African Court sets major precedent for indigenous peoples' land rights».

Minority Rights Group International, 2017. «No escape from discrimination: minorities, indigenous peoples and the crisis of displacement».

Minority Rights Group International, s/f. «The Ogiek and National Development Processes». www.minorityrights.org/wp-content/uploads/old-site-downloads/download-91-Kenyas-Castaways-The-Ogiek-and-National-Development-Processes.pdf.

Naciones Unidas. Oficina del Alto Comisionado. OHCHR online, Calí, F. 2022. <https://www.ohchr.org/es/press-releases/2022/07/kenya-un-expert-hails-historic-ruling-awarding-reparations-Ogiek-indigenous>.

GRACIAS POR CONFIAR EN NUESTRAS PUBLICACIONES

Al comprar este libro le damos la posibilidad de consultar gratuitamente la versión ebook.

Cómo acceder al ebook:

- ☞ **Entre en nuestra página web**, sección Acceso ebook
(www.dykinson.com/acceso_ebook)
- ☞ **Rellene el formulario** que encontrará insertando el código de acceso que le facilitamos a continuación así como los datos con los que quiere consultar el libro en el futuro (correo electrónico y contraseña de acceso).
- ☞ Si ya es **cliente registrado**, deberá introducir su **correo electrónico y contraseña habitual**.
- ☞ Una vez registrado, **acceda a la sección Mis e-books de su cuenta de cliente**, donde encontrará la versión electrónica de esta obra ya desbloqueada para su uso.
- ☞ Para consultar el libro en el futuro, ya sólo es necesario que se identifique en nuestra web con su correo electrónico y su contraseña, y que se dirija a la sección Mis ebooks de su cuenta de cliente.



CÓDIGO DE ACCESO

Rasque para ver el código

Nota importante: Sólo está permitido el uso individual y privado de este código de acceso. Está prohibida la puesta a disposición de esta obra a una comunidad de usuarios.



**MANTÉNGASE INFORMADO
DE LAS NUEVAS PUBLICACIONES**

**Suscríbase gratis
al boletín informativo
www.dykinson.com**

Y benefíciase de nuestras ofertas semanales