



# Asamblea General

Distr. general  
28 de julio de 2022  
Español  
Original: inglés

---

## Consejo de Derechos Humanos

51<sup>er</sup> período de sesiones

12 de septiembre a 7 de octubre de 2022

Temas 3 y 5 de la agenda

**Promoción y protección de todos los derechos humanos,  
civiles, políticos, económicos, sociales y culturales,  
incluido el derecho al desarrollo**

**Órganos y mecanismos de derechos humanos**

## **Tratados, acuerdos y otros arreglos constructivos, incluidos los acuerdos de paz y las iniciativas de reconciliación, y su reconocimiento constitucional**

### **Estudio del Mecanismo de Expertos sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas**

#### *Resumen*

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

El estudio incluye la Opinión núm. 15 del Mecanismo de Expertos sobre los tratados, acuerdos y otros arreglos constructivos, incluidos los acuerdos de paz y las iniciativas de reconciliación, y su reconocimiento constitucional, que se presenta en un anexo.



## I. Introducción

1. De conformidad con la resolución 33/25 del Consejo de Derechos Humanos, el Mecanismo de Expertos sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas decidió, en su 14º período de sesiones, celebrado en julio de 2021, elaborar un estudio sobre la forma en que los tratados, acuerdos y otros arreglos constructivos, a los que se hace referencia en el artículo 37 de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas (la Declaración), incluidos los acuerdos de paz y las iniciativas de reconciliación, y su reconocimiento constitucional, son reconocidos, observados, aplicados, acatados y respetados. Para ello, el Mecanismo de Expertos celebró un seminario virtual los días 29 de noviembre y 1 y 2 de diciembre de 2021. El presente estudio se ha beneficiado de las exposiciones hechas en el seminario y de las contribuciones de los Estados, los pueblos indígenas, las instituciones nacionales de derechos humanos, miembros de la comunidad académica y otros<sup>1</sup>. El Mecanismo de Expertos lamenta haber recibido solo dos contribuciones de los Estados Miembros atendiendo a su llamamiento a hacer aportaciones, de 2021, una respuesta que es claramente insuficiente para reflejar la diversidad de opiniones y de experiencias de los Estados.

2. El tema del presente estudio se ha venido debatiendo a nivel internacional desde el decenio de 1970 y fue objeto del informe final del Relator Especial, Miguel Alfonso Martínez, sobre los tratados, convenios y otros arreglos constructivos entre los Estados y las poblaciones indígenas<sup>2</sup>, así como en tres seminarios de expertos de las Naciones Unidas celebrados en 2003, 2006 y 2012<sup>3</sup> en cumplimiento de lo recomendado en el informe del Relator Especial. El propósito del presente estudio es contribuir a comprender mejor los derechos consagrados en el artículo 37 de la Declaración y las correspondientes obligaciones de los Estados. El estudio se propone definir los principios y condiciones, incluidas las deficiencias y los desafíos más generales, para la realización y el ejercicio del derecho de los pueblos indígenas a concertar tratados, acuerdos y otros arreglos constructivos con los Estados y a lograr que se respeten y se apliquen.

3. El presente estudio no intenta en modo alguno repetir la labor del Relator Especial ni menoscabar la importante labor realizada en su informe final y en los tres seminarios posteriores de las Naciones Unidas. El estudio se centrará en ejemplos de los acuerdos más actuales, algunos de los cuales no deben ser clasificados como tratados de carácter internacional. Algunas de las críticas del Relator Especial todavía son pertinentes en la actualidad, especialmente después de la aprobación de la Declaración, y algunas partes de su informe han sido particularmente útiles para la redacción del estudio.

4. El Relator Especial concluyó, más de dos decenios atrás, que de una manera casi unánime los pueblos indígenas consideraban que los mecanismos estatales existentes, administrativos o judiciales, no podían satisfacer sus aspiraciones ni sus esperanzas de justicia, una opinión que todavía prevalece, como pone de manifiesto la información proporcionada al Mecanismo de Expertos<sup>4</sup>. También cabe señalar que muchas de sus recomendaciones todavía no se han aplicado.

## II. Marco jurídico

5. El establecimiento de mejores relaciones entre los pueblos indígenas y los Estados, basadas en los principios de la justicia, la democracia, el respeto de los derechos humanos,

<sup>1</sup> Las exposiciones y las contribuciones pueden consultarse en <https://www.ohchr.org/en/hrc-subsidiaries/expert-mechanism-on-indigenous-peoples/treaties-agreements-and-other-constructive-arrangements-between-indigenous-peoples-and-states>.

<sup>2</sup> Véase E/CN.4/Sub.2/1999/20.

<sup>3</sup> Véase la compilación de conclusiones y recomendaciones de los seminarios de las Naciones Unidas sobre tratados, acuerdos y otros arreglos constructivos (*Compilation of conclusions and recommendations from the United Nations seminars on treaties, agreements and other constructive arrangements*); puede consultarse en <https://www.ohchr.org/sites/default/files/Documents/Issues/IPeoples/EMRIP/Session7/A.HRC.EMRP.2014.CRP.1.pdf>.

<sup>4</sup> E/CN.4/Sub.2/1999/20, párr. 261.

la no discriminación y la buena fe<sup>5</sup>, fue una motivación importante para la aprobación de la Declaración. El objetivo de una relación renovada se refleja específicamente en el artículo 37 de la Declaración y en los párrafos decimoquinto, decimoctavo y vigesimocuarto del preámbulo. Al aprobar la Declaración, la Asamblea General la proclamó solemnemente como un ideal común que debía perseguirse en un espíritu de solidaridad y respeto mutuo<sup>6</sup>. El artículo 37 de la Declaración debe leerse conjuntamente con otros derechos estipulados en la Declaración, como los derechos a la libre determinación, al consentimiento libre, previo e informado y a las tierras, los territorios y los recursos naturales.

6. La Declaración destaca que su reconocimiento de los derechos de los pueblos indígenas fomenta las relaciones armoniosas y de cooperación entre los Estados y los pueblos indígenas, y afirma que los tratados, acuerdos y otros arreglos constructivos sirven de base para el fortalecimiento de la asociación entre los pueblos indígenas y los Estados<sup>7</sup>. En virtud del artículo 37, los pueblos indígenas tienen derecho a que los tratados, acuerdos y otros arreglos constructivos concertados con los Estados o sus sucesores sean reconocidos, observados y aplicados y a que los Estados los acaten y respeten.

7. Basándose en esos principios, la Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas garantiza el derecho de los pueblos indígenas al reconocimiento y la aplicación de los tratados, con una redacción que sigue la del artículo 37 de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, añadiendo que ello deberá hacerse “de conformidad con su verdadero espíritu e intención, de buena fe”. Asimismo, afirma que los Estados darán debida consideración al entendimiento que los pueblos indígenas han otorgado a los tratados, acuerdos y otros arreglos constructivos, y contempla la intervención de órganos competentes, incluidos los órganos regionales e internacionales, para resolver controversias<sup>8</sup>.

8. El proceso de negociación inherente a la elaboración de tratados es el más adecuado no solo para conseguir la efectiva contribución de los indígenas a todo esfuerzo dirigido al reconocimiento y restitución de sus derechos y libertades, sino también para establecer unos mecanismos prácticos que faciliten la realización y el respeto de sus derechos ancestrales y de los que figuran en los textos nacionales e internacionales<sup>9</sup>. El Tribunal Supremo del Canadá ha declarado que “los tratados sirven para reconciliar la soberanía aborígen preexistente con la soberanía asumida por la Corona y para definir los derechos aborígenes garantizados por la sección 35 de la Ley Constitucional”<sup>10</sup>.

9. La Declaración dispone que los derechos afirmados en los tratados, acuerdos y otros arreglos constructivos entre los Estados y los pueblos indígenas pueden ser asuntos de preocupación, interés, responsabilidad y carácter internacional<sup>11</sup>. Ello se aplica claramente a los tratados y otros instrumentos jurídicos concertados por colonizadores europeos y sus sucesores con naciones indígenas, que siguen siendo instrumentos internacionalmente válidos a la luz del derecho internacional, como señaló el Relator Especial en su informe final<sup>12</sup>. También se refirió a este tema, describiendo el proceso de “‘domesticación’ de la ‘cuestión indígena’” como “el proceso por el que todos estos problemas se sacan de la esfera del derecho internacional y se ponen directamente bajo la competencia exclusiva de la jurisdicción interna de los Estados no indígenas”<sup>13</sup>.

<sup>5</sup> Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, párrafo decimoctavo del preámbulo.

<sup>6</sup> *Ibid.*, párrafo vigesimocuarto del preámbulo.

<sup>7</sup> *Ibid.*, párrafos decimoquinto y decimoctavo del preámbulo.

<sup>8</sup> Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas (AG/RES.2888 (XLVI-O/16), artículo XXIV.

<sup>9</sup> E/CN.4/Sub.2/1999/20, párr. 263, y A/HRC/39/62, párr. 5.

<sup>10</sup> Tribunal Supremo del Canadá, *Haida Nation v. British Columbia (Minister of Forests)* [2004] SCR. 511, párr. 20, véase <https://scc-csc.lexum.com/scc-csc/scc-csc/en/item/2189/index.do>.

<sup>11</sup> Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, párrafo decimocuarto del preámbulo.

<sup>12</sup> E/CN.4/Sub.2/1999/20, párrs. 270 a 272.

<sup>13</sup> *Ibid.*, párr. 192.

10. Análogamente, como señaló un ex-Relator Especial sobre los derechos de los pueblos indígenas, “tradicionalmente, la doctrina de la soberanía ha protegido a los Estados del escrutinio de cuestiones consideradas correspondientes al ámbito de sus intereses internos”<sup>14</sup>. No obstante, en la formulación del régimen internacional de derechos humanos posterior a la aprobación de la Carta de las Naciones Unidas, esta protección se ha debilitado, debido en particular a que las reivindicaciones indígenas se han presentado como derechos colectivos<sup>15</sup>.

11. El derecho internacional de los derechos humanos ha formulado normas pertinentes para los pueblos indígenas con objeto de revertir la discriminación histórica contra esos pueblos en el marco del derecho internacional<sup>16</sup>. La aprobación de la Declaración ha fortalecido la internacionalización de las cuestiones relativas a los pueblos indígenas, no solo por tratarse del instrumento internacional más completo sobre los derechos de los pueblos indígenas sino también como consecuencia del proceso de negociación, de 20 años de duración, entre los Estados Miembros y los pueblos indígenas sobre su elaboración. La participación y la influencia sin precedentes de los pueblos indígenas otorgaron mayor legitimidad a la Declaración. La atención prestada a los tratados, acuerdos y otros arreglos constructivos por los órganos de tratados y los procedimientos especiales ha ido en aumento y ha enriquecido progresivamente la interpretación del artículo 37 de la Declaración<sup>17</sup>.

12. El reconocimiento de los Kalaallit (groenlandeses) como un pueblo en el marco del derecho internacional en la Ley de Autonomía de Groenlandia es una medida notable para la protección de los derechos de los pueblos indígenas<sup>18</sup>. Este logro debería servir como modelo aplicable por otros Estados.

## A. El derecho a la libre determinación

13. La Declaración afirma que los pueblos indígenas son iguales a todos los demás pueblos<sup>19</sup>, titulares de todos los derechos establecidos por el derecho internacional aplicable, incluido el derecho a la libre determinación, como se dispone en su artículo 3, así como en la Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas. Este derecho ha sido invocado por los pueblos indígenas como base normativa para su relación con el Estado<sup>20</sup>. En particular, los artículos 3, 5, 9 y 33 de la Declaración proporcionan un marco para el reconocimiento de los derechos de los pueblos indígenas a negociar como pueblos distintos y como partes legitimadas para concertar acuerdos en virtud del derecho internacional.

14. Como consecuencia de su derecho a la libre determinación, los pueblos indígenas siempre han tenido la facultad inherente de concertar acuerdos vinculantes entre ellos y otras entidades políticas<sup>21</sup>. Como indicó el Mecanismo de Expertos, los tratados, que consagran el derecho a la libre determinación, y la relación que representan, constituyen el fundamento de una alianza reforzada, conforme con la Declaración<sup>22</sup>.

<sup>14</sup> S. James Anaya, “Indigenous peoples and international law issues”, en *The Challenge of Non-State Actors: Proceedings of the 92nd Annual Meeting of American Society of International Law*, vol. 92, (Abril de 1998), pág. 97.

<sup>15</sup> *Ibid.*

<sup>16</sup> S. James Anaya, *International Human Rights and Indigenous Peoples* (Aspen, Estados Unidos de América, 2010); Claire Charters, “Multi-sourced equivalent norms and the legitimacy of indigenous peoples’ rights under international law”, en *Multi-Sourced Equivalent Norms in International Law*, Tomer Broude and Yuval Shany (eds.), *Studies in International Law* (Oxford, Hart Publishing, 2011).

<sup>17</sup> Véanse, por ejemplo, [A/HRC/39/17/Add.3](#), párr. 17; [CCPR/C/BGD/CO/1](#), párr. 12; [CERD/C/NZL/CO/21-22](#), párrs. 13 a 15; y [CERD/C/AUS/CO/18-20](#), párr. 20.

<sup>18</sup> Ley de Autonomía de Groenlandia, Ley núm. 473 de 12 de junio de 2009, véase [https://www.ilo.org/dyn/natlex/natlex4.detail?p\\_isn=110442&p\\_lang=en](https://www.ilo.org/dyn/natlex/natlex4.detail?p_isn=110442&p_lang=en).

<sup>19</sup> Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, párrafo segundo del preámbulo.

<sup>20</sup> [A/HRC/48/75](#), párr. 3.

<sup>21</sup> [A/HRC/39/62](#), párrs. 4 y 5.

<sup>22</sup> [A/HRC/18/42](#), anexo, párr. 34.

## B. Consentimiento libre, previo e informado

15. Los instrumentos internacionales reconocen que los pueblos indígenas tienen derecho a participar en la adopción de decisiones en las cuestiones que afecten a sus derechos<sup>23</sup> y que las decisiones que afecten a sus intereses deben ser adoptadas con su consentimiento libre, previo e informado<sup>24</sup>. El consentimiento libre, previo e informado también ha sido reafirmado por varios órganos de tratados de las Naciones Unidas, que han contribuido de manera importante a la conceptualización normativa de los derechos de los pueblos indígenas a participar en los procesos de adopción de decisiones<sup>25</sup>. En particular, el Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial, en un intento de eliminar las estructuras conceptuales que llevaban a desposeer y a desempoderar a los pueblos indígenas, destacó específicamente el “consentimiento” como norma de derechos humanos<sup>26</sup>.

16. El consentimiento es un principio fundamental que permite a los pueblos indígenas ejercer su derecho a la libre determinación, y en ese entendimiento se considera que los pueblos indígenas participan en las propuestas que les afectan y tienen derecho a dar o no dar su consentimiento<sup>27</sup>. El Mecanismo de Expertos también ha señalado que en varios tratados concertados entre los Estados y los pueblos indígenas se afirmaba el principio del consentimiento de los pueblos indígenas como pilar fundamental de la relación dimanante de los tratados entre los Estados y los pueblos indígenas<sup>28</sup>.

17. El principio del consentimiento libre, previo e informado ofrece a los Estados las orientaciones necesarias para participar en el proceso de diálogo y negociación, y no es un instrumento independiente de legitimación. Este principio, en el contexto de los derechos humanos, no contempla el consentimiento como un simple sí a una decisión predeterminada<sup>29</sup>. El consentimiento libre, previo e informado debe considerarse un criterio mínimo en todas las fases de los procesos de redacción de tratados o de acuerdos, incluido el diseño de los marcos, la negociación, el establecimiento y la aplicación de los acuerdos, así como la creación y aplicación de mecanismos de solución de controversias. También debe aplicarse como recurso de fácil acceso para las controversias y los agravios<sup>30</sup>.

## III. Tipos de tratados, acuerdos y otros arreglos constructivos entre los pueblos indígenas y los Estados

18. Los pueblos indígenas y los Estados han concertado acuerdos utilizando una gran variedad de instrumentos, que tienen en común el objetivo de fortalecer las alianzas entre ambos a fin de promover relaciones de cooperación, instaurar una coexistencia pacífica, regular cuestiones de interés común y establecer relaciones mutuas estables.

19. Según la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, “los tratados históricamente suscritos con los pueblos indígenas se pueden entender como el reconocimiento implícito de su soberanía inherente y el establecimiento de relaciones

<sup>23</sup> Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, art. 18.

<sup>24</sup> *Ibid.*, arts. 10, 11, 19, 28, 29 y 32; Convenio sobre Pueblos Indígenas y Tribales, 1989 (núm. 169) de la Organización Internacional del Trabajo (OIT); Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial, recomendación general núm. 23 (1997), párr. 4 d); [A/HRC/18/42](#); y [A/HRC/EMRIP/2010/2](#), párr. 8.

<sup>25</sup> Véase [A/HRC/EMRIP/2010/2](#); véanse también [CCPR/C/79/Add.109](#) y [CCPR/C/79/Add.112](#); [CCPR/CO/69/AUS](#); [CCPR/CO/74/SWE](#); [A/50/40](#), vol. II, anexo X, secc. I, párr. 9.6; [CERD/C/CAN/CO/18](#), párrs. 15 y 25; [CERD/C/NZL/CO/17](#), párr. 20; [CERD/C/IDN/CO/3](#), párr. 17; [CERD/C/COD/CO/15](#), párr. 18; [CERD/C/ECU/CO/19](#), párr. 16; [CERD/C/USA/CO/6](#), párr. 29; [CERD/C/NAM/CO/12](#), párr. 18; [CERD/C/SWE/CO/18](#), párr. 19; [CCPR/C/NIC/CO/3](#), párr. 21; [CCPR/C/BWA/CO/1](#), párr. 24; [CCPR/C/CRI/CO/5](#), párr. 5; [CCPR/C/CHL/CO/5](#), párr. 19; [A/52/18](#), anexo V; y observación general núm. 21 (2009) del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

<sup>26</sup> Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial, recomendación general núm. 23 (1997).

<sup>27</sup> [A/HRC/39/62](#), párr. 25.

<sup>28</sup> [A/HRC/18/42](#), anexo, párr. 12.

<sup>29</sup> [A/HRC/24/41](#), párr. 30.

<sup>30</sup> [E/CN.4/Sub.2/1999/20](#), párr. 263, y [A/HRC/39/62](#), párr. 45.

políticas de nación a nación, o gobierno a gobierno”<sup>31</sup>. En Aotearoa/Nueva Zelanda, el Tratado de Waitangi constituye un marco importante para las relaciones entre los maoríes y la Corona británica y representa el inicio de un diálogo permanente entre los maoríes y el Estado.

20. En el Canadá, a raíz de la decisión del Tribunal Supremo en el caso *Calder et al. v. Attorney-General of British Columbia*, se han firmado 25 tratados modernos o acuerdos generales relativos a reclamaciones sobre la tierra, algunos de los cuales hacen referencia al autogobierno<sup>32</sup>. Hay acontecimientos recientes que merecen un examen más a fondo, como el reconocimiento jurídico de la Declaración como un instrumento internacional universal de derechos humanos aplicable en el derecho canadiense<sup>33</sup> y los recientes marcos legislativos federales y provinciales (Columbia Británica) para su aplicación<sup>34</sup>. El diálogo y las negociaciones sobre el proceso de elaboración de tratados entre los propietarios tradicionales y los pueblos aborígenes en el estado de Victoria, en Australia, es otro ejemplo de actualidad<sup>35</sup>.

21. En situaciones de conflicto, los pueblos indígenas han participado en la negociación de acuerdos de paz con los Estados para poner fin a las hostilidades. Por ejemplo, el Acuerdo de Paz de Chittagong Hill Tracts en Bangladesh puso fin a dos decenios de conflicto, aunque su aplicación se topa con grandes desafíos. La continuación de la militarización del territorio de Naga en la India es otro ejemplo de un acuerdo que se aplica de manera deficiente, lo cual pone de manifiesto que los acuerdos de paz pueden tener resultados decepcionantes que a veces causan divisiones internas en vez de consolidar la paz<sup>36</sup>. Cuando no se abordan derechos fundamentales, como la libre determinación, como sucedió en los acuerdos de paz de Bodo<sup>37</sup> y los acuerdos de San Andrés entre el Gobierno de México y el Ejército Zapatista de Liberación Nacional, se desvanece la confianza en el diálogo y en una solución duradera<sup>38</sup>.

22. Los pueblos indígenas han contribuido a varios acuerdos de paz, en los que han sido reconocidos como víctimas y también como promotores de la paz, como los acuerdos de paz de Colombia<sup>39</sup> y Guatemala<sup>40</sup>, a los que se llegó tras años de sufrimiento para los pueblos indígenas, aunque todavía no se han beneficiado plenamente de ellos.

23. En Australia, ha habido una tendencia a celebrar negociaciones no entre entidades soberanas sino entre una entidad soberana y una entidad corporativa, por conducto de las corporaciones de titularidad indígena, un mecanismo creado por el Estado para la gobernanza y la administración de bienes de propiedad de los indígenas<sup>41</sup>, establecido para supervisar, representar y ejercer los derechos y los intereses de los indígenas titulares de derechos consuetudinarios<sup>42</sup>. Se informa de que, en la mayoría de los casos, la titularidad indígena es un mecanismo práctico para que los estados de Australia reconozcan los derechos sobre la

<sup>31</sup> Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Derecho a la libre determinación de los Pueblos Indígenas y Tribales* (OEA/Ser.L/V/II. Doc.413/21), diciembre de 2021, párr. 224; véase también [A/HRC/21/47/Add.1](#), párr. 19.

<sup>32</sup> Gobierno del Canadá, “Modern treaties”, véase <https://www.rcaanc-cirnac.gc.ca/eng/1100100028574/1529354437231#chp4>.

<sup>33</sup> Gobierno del Canadá, Ley de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas (SC 2021, c 14), secc. 4 a).

<sup>34</sup> Gobierno del Canadá, Aplicación de la Ley de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, véase <https://www.justice.gc.ca/eng/declaration/index.html>.

<sup>35</sup> Véase <https://www.legislation.vic.gov.au/bills/advancing-treaty-process-aboriginal-victorians-bill-2018>.

<sup>36</sup> Exposición de Atina Pamei Gaare en el seminario del Mecanismo de Expertos.

<sup>37</sup> Contribución conjunta de varias organizaciones de la India Nororiental.

<sup>38</sup> Exposición de Gilberto López y Rivas en el seminario del Mecanismo de Expertos.

<sup>39</sup> Gobierno de Colombia, Acuerdo Final para la Terminación del Conflicto y la Construcción de una Paz Estable y Duradera (2016), véase [https://www.jep.gov.co/Marco Normativo/Normativa\\_v2/01 ACUERDOS/Texto-Nuevo-Acuerdo-Final.pdf?csf=1&e=0fpYA0](https://www.jep.gov.co/Marco%20Normativo/Normativa_v2/01%20ACUERDOS/Texto-Nuevo-Acuerdo-Final.pdf?csf=1&e=0fpYA0).

<sup>40</sup> Contribución del Grupo Internacional de Trabajo sobre Asuntos Indígenas; véase también “Guatemala. Acuerdo sobre identidad y derechos de los pueblos indígenas” (1995) (<https://www.almg.org.gt/wp-content/uploads/2020/05/j-Acuerdo-Sobre-Identidad.pdf>).

<sup>41</sup> Australia, “Registered native title bodies corporate”, Office of the Registrar of Indigenous Corporations, 22 de octubre de 2020, véase <https://www.oric.gov.au/top-500/2015-16/RNTBCs>.

<sup>42</sup> Exposición de Janine Gertz en el seminario del Mecanismo de Expertos.

tierra de los pueblos indígenas, pero no sus reivindicaciones más generales de libre determinación y soberanía<sup>43</sup>.

24. En algunos casos, la relación entre los pueblos indígenas y los Estados está regulada por disposiciones legislativas o constitucionales. En los Estados Unidos de América, las autoridades estatales y federales han recurrido a menudo a las órdenes ejecutivas para abordar cuestiones importantes y para fortalecer las relaciones políticas con los gobiernos indígenas, sobre la base de la coordinación y la consulta, aunque se ha comunicado que no se contemplaba el consentimiento<sup>44</sup>.

25. En Colombia, los acuerdos sobre los territorios indígenas dieron lugar a la aprobación del Decreto núm. 1397 de 1996, por el que se crearon la Comisión Nacional de Territorios Indígenas y la Mesa Permanente de Concertación con los Pueblos y las Organizaciones Indígenas. Sin embargo, las organizaciones indígenas han denunciado que no se han cumplido todas las condiciones estipuladas en el Decreto y se han movilizizado para reclamar que se respeten esos compromisos<sup>45</sup>. Se ha informado de que la Jurisdicción Especial para la Paz, establecida en el marco del Acuerdo Final de Paz, contribuye al fortalecimiento de las instituciones de los pueblos indígenas y a la generación de condiciones para vivir en libertad, paz y seguridad<sup>46</sup>.

#### **IV. Establecimiento de tratados, acuerdos y otros arreglos constructivos**

26. El ejercicio efectivo del derecho de los pueblos indígenas a establecer acuerdos consensuados y asegurar que se apliquen depende de varias condiciones propicias, que incluyen el respeto de los derechos humanos y la no discriminación, la buena fe y el principio del consentimiento libre, previo e informado.

##### **A. Reconocimiento de los pueblos indígenas**

27. La Declaración contiene varias disposiciones, incluidos los artículos 3, 5, 7, 9 y 33, relativas al reconocimiento de los pueblos indígenas como tales y de los derechos individuales y colectivos que son parte integrante de su propia existencia como pueblos distintos<sup>47</sup>.

28. El reconocimiento por los Estados de los pueblos indígenas como pueblos con su propia identidad, instituciones, cultura y tradiciones específicas y el derecho a la libre determinación es una condición que propicia una colaboración significativa. También es fundamental para el ejercicio y la efectividad de los derechos proclamados en la Declaración<sup>48</sup> y para el establecimiento de acuerdos que regulen la relación entre los pueblos indígenas y los Estados<sup>49</sup>, aunque la falta de reconocimiento no debe ser un obstáculo para el acceso a la protección jurídica de esos derechos. A menudo los pueblos indígenas han buscado el reconocimiento constitucional porque se considera que, al ser este el nivel máximo de la jerarquía jurídica nacional, se garantiza una protección más amplia. Varios Estados han integrado en sus constituciones el reconocimiento de los pueblos indígenas y, hasta cierto punto, sus derechos estipulados en la Declaración.

<sup>43</sup> Contribución del Castan Centre for Human Rights Law; véase también Harry Hobbs y George Williams, "The Noongar settlement: Australia's first treaty", *Sydney Law Review*, vol. 40, núm. 1 (2018), pág. 27.

<sup>44</sup> Exposición de David Wilkins en el seminario del Mecanismo de Expertos; véase también [A/HRC/21/47/Add.1](#), párrs. 67 y 68.

<sup>45</sup> [A/HRC/37/3/Add.3](#), párrs. 72 y 73 y 75; véase también <https://www.onic.org.co/comunicados-onic/2058-pueblos-y-organizaciones-indigenas-nosdeclaramos-en-alerta-y-asamblea-permanente-por-incumplimientode-acuerdos-por-parte-del-gobierno-nacional>.

<sup>46</sup> Exposición de Belkis Izquierdo Torres en el seminario del Mecanismo de Expertos.

<sup>47</sup> [A/HRC/EMRIP/2019/3/Rev.1](#), párr. 9.

<sup>48</sup> *Ibid.*, párr. 17.

<sup>49</sup> *Ibid.*, párr. 38.

29. Diversos Estados americanos, como Bolivia (Estado Plurinacional de), el Brasil, el Canadá, Colombia, México y Nicaragua, han incorporado cláusulas similares en sus constituciones. No obstante, en algunos casos, en particular en las constituciones de Guatemala y Nicaragua, si bien se afirman el reconocimiento de la existencia, protecciones especiales y cierto grado de autonomía de los pueblos indígenas, no se menciona su derecho a la libre determinación. En otros casos, se definen ámbitos específicos de poder y de jurisdicción, como las Entidades Territoriales Indígenas en Colombia (arts. 329 y 330) o las Circunscripciones Territoriales Indígenas del Ecuador (arts. 60, 242 y 257)<sup>50</sup>.

30. En algunas constituciones se hace referencia a los pueblos indígenas como un grupo, población o comunidad, por ejemplo en la Constitución de Filipinas y en las de varios países africanos, como el Gabón, Kenya y Sudáfrica, aplicando un enfoque que identifica a los pueblos indígenas en vez de definirlos<sup>51</sup>. En otros, solo se reconocen grupos específicos, como es el caso de las tribus registradas de la India, mientras que otros grupos quedan excluidos, como los migrantes adivasis en el estado de Assam<sup>52</sup>.

31. En África, los pueblos indígenas se topan con un obstáculo importante a causa del criterio prevaleciente de que todos los africanos son pueblos indígenas y de que un reconocimiento como grupo separado o distinto puede desencadenar un conflicto entre grupos étnicos o poner en peligro la integridad de los Estados<sup>53</sup>. La República Democrática del Congo es el único Estado de África que reconoce a los pueblos indígenas en su Constitución (art. 16). En el caso *African Commission on Human and Peoples' Rights v. Republic of Kenya*, la Corte Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos determinó que Kenya violaba el artículo 2 de la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos al no reconocer a la población Ogiek como una tribu distinta<sup>54</sup>. En su Constitución, Kenya reconoce la obligación del Estado de atender las necesidades de los miembros de comunidades minoritarias o marginadas y los miembros de comunidades étnicas, religiosas o culturales particulares, así como de otros grupos vulnerables como las mujeres y los niños<sup>55</sup>. La Constitución del Camerún se refiere a las poblaciones indígenas en su preámbulo, mientras que la Constitución de Burundi reserva tres escaños en el Senado para “personas de la etnia twa” (art. 185, párr. 2). En un caso relativo a los pueblos san y bakgalagadi, el Tribunal Superior de Botswana reconoció que “los demandantes pertenecen a una categoría de personas a las que se ha llegado a reconocer como ‘pueblos indígenas’”<sup>56</sup>.

32. El pueblo sami ha sido reconocido como pueblo indígena en la Constitución de Finlandia desde 1995, aunque el Parlamento sami ha comunicado que todavía se presentan dificultades con respecto a la forma en que debe aplicarse ese derecho. En Australia, aún no se han satisfecho las reclamaciones de los aborígenes e isleños del estrecho de Torres acerca de un reconocimiento constitucional de su derecho a la libre determinación<sup>57</sup>. Con todo, el Gobierno de Australia afirma estar comprometido con la celebración de un referéndum sobre la cuestión durante el mandato de la actual administración<sup>58</sup>.

<sup>50</sup> A/HRC/48/75, párr. 44.

<sup>51</sup> OIT y Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, *Overview Report of the Research Project by ILO and the African Commission on Human and Peoples' Rights on the Constitutional and Legislative Protection of the Rights of Indigenous Peoples* (Ginebra, OIT, 2009; Banjul, Gambia, Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, 2009), véase <https://www.achpr.org/presspublic/publication?id=50>.

<sup>52</sup> Véase la contribución de Bipasha Rosy Lakra.

<sup>53</sup> Exposición de Chidiebere C. Ogonna en el seminario del Mecanismo de Expertos.

<sup>54</sup> *African Commission on Human and Peoples' Rights v. Republic of Kenya*, demanda núm. 006/2012 (2017), decisión de 26 de mayo de 2017, párrs. 112 y 146.

<sup>55</sup> Constitución de Kenya, art. 21, párr. 3, véase <http://www.kenyalaw.org:8181/exist/kenyalex/actview.xql?actid=Const2010>.

<sup>56</sup> Tribunal Superior de Botswana, *Roy Sesana, Keiwa Setlhobogwa and Others v. The Attorney General*, decisión de 13 de diciembre de 2006, sect. H.1, párr. 5.

<sup>57</sup> Contribuciones de Harry Hobbs y del Castan Centre for Human Rights Law.

<sup>58</sup> Contribución de Australia.

33. Es muy importante recalcar que cuando las constituciones o las leyes reconocen a los pueblos indígenas y sus derechos, están confirmando, y no creando, esos derechos, que son intrínsecos<sup>59</sup> e inalienables<sup>60</sup>. Este reconocimiento también debe tener un reflejo en reformas estructurales sustantivas. El hecho de que los Estados no atribuyan personalidad jurídica a los pueblos indígenas es un obstáculo para estos en relación con su inclusión como parte en acuerdos formales concertados en el marco del sistema jurídico dominante<sup>61</sup>. Análogamente, a pesar del amplio reconocimiento de que gozan los pueblos indígenas en la Constitución Mexicana (art. 2), todavía tienen la condición de entidades de interés público y no de sujetos de derecho público, un aspecto polémico de la ley que tanto los pueblos indígenas como la comunidad académica han puesto en cuestión<sup>62</sup>. La reforma constitucional que tenía por objeto cambiar esta situación, prometida en 2019, todavía no se ha materializado. El reconocimiento de la personalidad jurídica es esencial para que los pueblos indígenas ejerzan sus derechos —ante todo sus derechos a la libre determinación y a la tierra, los territorios y los recursos naturales<sup>63</sup>. Sin embargo, la personalidad jurídica no debería ser un requisito para el ejercicio de los derechos de los pueblos indígenas. Asimismo, en su informe final, el Relator Especial declaró que si aquellos pueblos indígenas que nunca han entablado relaciones jurídicas formales, mediante tratados o de cualquier otra manera, con autoridades no indígenas desean reclamar para ellos mismos la calidad jurídica de nación, hasta que se demuestre lo contrario deberá darse por supuesto que no han dejado de disfrutar de esa calidad<sup>64</sup>.

34. Incluso cuando se reconocen sus derechos, a menudo los pueblos indígenas son objeto de un trato paternalista<sup>65</sup>, y se ven con sospecha sus reivindicaciones de libre determinación y de autonomía<sup>66</sup>. Se requiere un cambio de paradigma para alcanzar un diálogo y una cooperación auténticos entre los Estados y los pueblos indígenas, que tenga su base en el reconocimiento y en la colaboración, lo cual exigiría que los Estados estuvieran más dispuestos a compartir el poder. El Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial recomendó que Nueva Zelanda reconociera la obligación de establecer una gobernanza compartida de conformidad con el acuerdo de reparto de poder establecido por el Tratado de Waitangi<sup>67</sup>. Los Estados deberían comprender que compartir el poder es una oportunidad para la inclusividad y la participación significativa de los pueblos indígenas en el núcleo de la gobernanza, y no una amenaza para su integridad. Como declaró la Relatora Especial sobre

<sup>59</sup> Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, párrafo séptimo del preámbulo.

<sup>60</sup> Declaración Universal de Derechos Humanos, preámbulo.

<sup>61</sup> Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Derecho a la libre determinación de los Pueblos Indígenas y Tribales*, párrs. 310 y 311. Esto se ha comunicado en relación con los Estados Unidos y la Federación de Rusia (exposiciones de David Wilkins (Estados Unidos) y Vladimir Kryazhkov (Federación de Rusia) en el seminario del Mecanismo de Expertos).

<sup>62</sup> A/HRC/39/17/Add.2, párr. 10; véase también Francisco López Bárcenas y otros, *Los Derechos Indígenas y la Reforma Constitucional en México*, 2ª edición (México, DF, 2002), véanse [https://www.franciscolopezbarcenass.org/\\_files/ugd/afcdf2\\_ea87b8b180ae45d08460d19e42ca992b.pdf](https://www.franciscolopezbarcenass.org/_files/ugd/afcdf2_ea87b8b180ae45d08460d19e42ca992b.pdf); y Francisco López Bárcenas, “La diversidad negada: los derechos indígenas en la propuesta de reforma constitucional”, en *Globalización, Identidad y Democracia: México y América Latina* (México DF, Siglo Veintiuno Editores, 2001), págs. 449 a 463, véase [https://www.franciscolopezbarcenass.org/\\_files/ugd/afcdf2\\_5f891922295943bb9ca650559023c099.pdf](https://www.franciscolopezbarcenass.org/_files/ugd/afcdf2_5f891922295943bb9ca650559023c099.pdf).

<sup>63</sup> Organización de los Estados Americanos, Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, artículo IX: “Personalidad jurídica. Los Estados reconocerán plenamente la personalidad jurídica de los pueblos indígenas, respetando las formas de organización indígenas y promoviendo el ejercicio pleno de los derechos reconocidos en esta Declaración”; véase también Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Derechos de los Pueblos Indígenas y Tribales sobre sus Tierras Ancestrales y Recursos Naturales* (OEA/Ser.L/V/II, doc. 56/09), 2009, cap. X, párrs. 372 a 375, véase <http://cidh.org/countryrep/indigenous-lands09/Chap.X.htm#>.

<sup>64</sup> E/CN.4/Sub.2/1999/20, párr. 288.

<sup>65</sup> Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Derecho a la libre determinación de los Pueblos Indígenas y Tribales*, párr. 97.

<sup>66</sup> John B. Henriksen, “The United Nations Declaration on the Rights of Indigenous Peoples: some key issues and events in the process”, en *Making the Declaration Work: The United Nations Declaration on the Rights of Indigenous Peoples*, Claire Charters y Rodolfo Stavenhagen, eds. (Copenhague, Grupo Internacional de Trabajo sobre Asuntos Indígenas, 2009), pág. 365.

<sup>67</sup> CERD/C/NZL/CO/21-22, párrs. 12 y 13 c).

los derechos de los pueblos indígenas en 2019, “Los tratados constituyen los cimientos de la libre determinación de los pueblos indígenas y su aplicación debe ir acompañada del reconocimiento de los pueblos indígenas como entidades políticas con poderes inherentes de autogobierno”<sup>68</sup>.

## B. Reconocimiento de los tratados, acuerdos y otros arreglos constructivos

35. El reconocimiento y la protección constitucional de los tratados, acuerdos y otros arreglos constructivos es una cuestión jurídica importante. Por ejemplo, en la sección 35 de la Ley Constitucional, de 1982<sup>69</sup>, el Canadá reconoce y afirma los derechos aborígenes y los tratados existentes, mientras que en la sección 25 aporta protecciones adicionales frente a la revocación o la derogación que puedan resultar de otros derechos y libertades garantizados en la Carta de Derechos y Libertades<sup>70</sup>. Continúa en los tribunales la interpretación de la sección 35<sup>71</sup>, y no está claro si otros acuerdos, aun los de carácter general, recibirán la misma protección y el mismo reconocimiento constitucional que los tratados futuros y los acuerdos sobre reclamaciones sobre la tierra que se reconocen específicamente en el párrafo 3 de la sección 35<sup>72</sup>.

36. En Chile se está debatiendo un proyecto de reforma constitucional con el que se espera lograr el reconocimiento constitucional de la conexión entre la libre determinación de los pueblos indígenas y su derecho a que sus tratados sean respetados por el Estado y su derecho a negociar nuevos tratados<sup>73</sup>.

## C. Desequilibrio de poder

37. Como declaró el Relator Especial sobre los derechos de los pueblos indígenas, los esfuerzos de los Estados para reducir los desequilibrios de poder aportan una mayor legitimidad a las negociaciones con los pueblos indígenas<sup>74</sup>. Por ejemplo, los Estados deben garantizar a los pueblos indígenas la asistencia financiera, técnica y de otro tipo que necesiten para participar en consultas significativas y hacerlo sin utilizar dicha asistencia como palanca o para influir en las posiciones de los indígenas<sup>75</sup>.

38. En el estado de Victoria, en Australia, la Ley para Promover el Proceso de Elaboración de Tratados con los Aborígenes de Victoria, de 2018, creaba un fondo para la libre determinación a fin de apoyar “que los propietarios tradicionales y los aborígenes de Victoria tuvieran una condición igual a la del Estado en las negociaciones de los tratados” (art. 36). El Gobierno del estado ha adaptado sus procedimientos ordinarios para asegurar que la Ley se aplique mediante un proceso dirigido por los aborígenes y elaborado en colaboración con un grupo de trabajo sobre tratados con los aborígenes.

39. A fin de lograr un equilibrio de poder en los procesos de negociación, el diálogo debería comenzar definiendo el propio proceso, sus objetivos y sus etapas, los recursos necesarios y el momento, el lugar y la modalidad del diálogo. La falta de esos elementos reduce las oportunidades para que los pueblos indígenas expresen sus posiciones y los obliga a formular sus reclamaciones y demandas dentro de las limitaciones de una estructura predeterminada que no se ha establecido por consenso.

<sup>68</sup> A/74/149, párr. 42.

<sup>69</sup> Véase <https://laws-lois.justice.gc.ca/eng/Const/page-13.html#docCont>.

<sup>70</sup> Véase <https://laws-lois.justice.gc.ca/eng/Const/page-12.html#h-50>; véase también la contribución del Canadá.

<sup>71</sup> Tribunal Supremo del Canadá, *R. v. Sparrow* [1990] 1 SCR 1075; y *Calder et al. v. Attorney-General of British Columbia* [1973] SCR 313.

<sup>72</sup> Contribución de la Comisión de Tratados de la Columbia Británica.

<sup>73</sup> Exposición de Francisco Cali Tzay’ en el seminario del Mecanismo de Expertos.

<sup>74</sup> A/66/288, párr. 88.

<sup>75</sup> A/HRC/12/34, párr. 51, y A/HRC/39/62, párr. 22 c).

40. En Australia, por ejemplo, la Ley de Títulos de Propiedad de los Aborígenes de 1993 establecía procedimientos legales que permitían determinar las reclamaciones sobre propiedad de los aborígenes<sup>76</sup>, mientras que las deliberaciones sobre un tratado comenzaron más tarde. Se indica que la preexistencia del sistema de propiedad aborígen puede menoscabar el poder de negociación de los pueblos aborígenes en las deliberaciones sobre los tratados, especialmente si todavía no se han establecido las instituciones políticas de autogobierno<sup>77</sup>.

41. Como se declara en el artículo 18 de la Declaración, “los pueblos indígenas tienen derecho a participar en la adopción de decisiones en las cuestiones que afecten a sus derechos, por conducto de representantes elegidos por ellos de conformidad con sus propios procedimientos, así como a mantener y desarrollar sus propias instituciones de adopción de decisiones”. Por lo tanto, los pueblos indígenas no deberían estar obligados a adoptar otras instituciones ni a convertirse en corporaciones a fin de participar en un diálogo significativo y en acuerdos con los Estados<sup>78</sup>.

42. Los pueblos indígenas deben establecer las instituciones que los gobernarán de conformidad con sus estructuras, tradiciones y culturas<sup>79</sup>, sin ser obligados a participar en una forma que no corresponda a sus propios procesos de adopción de decisiones. De otro modo, la circunstancia de no dar participación a los representantes legítimos de los pueblos indígenas puede obstar al consentimiento que se haya obtenido<sup>80</sup>. La participación significativa supone también que todas las partes implicadas deben estar incluidas en las negociaciones y que la no participación de todos los titulares de derechos puede menoscabar los resultados<sup>81</sup>.

43. En algunas ocasiones los pueblos indígenas han sido excluidos de la mesa de negociación, como en el acuerdo de reconciliación entre Alemania y Namibia con respecto a denuncias de genocidio perpetrado contra los pueblos herero, nama, san y damara<sup>82</sup>. El Grupo de Trabajo de Expertos sobre los Afrodescendientes observó que Alemania no había celebrado consultas serias con los legítimos representantes de las minorías y las víctimas indígenas del genocidio para tratar sobre reparaciones<sup>83</sup> y recomendó que Alemania velara por que esos pueblos estuvieran incluidos en las negociaciones en curso entre los dos Gobiernos<sup>84</sup>.

44. En algunos casos, las instituciones nacionales de derechos humanos y las instituciones creadas para abordar las cuestiones relativas a los pueblos indígenas<sup>85</sup> desempeñan un papel fundamental en los esfuerzos por reequilibrar las asimetrías de poder y deben estar dotadas de recursos para emprender esta tarea. En situaciones de conflicto, la presencia de terceras partes como mediadores puede ser conveniente para impedir que una parte imponga soluciones a la otra, compensando la asimetría, a fin de promover el diálogo constructivo y el logro de resultados significativos<sup>86</sup>.

<sup>76</sup> Contribución de Australia.

<sup>77</sup> Exposición de Janine Gertz en el seminario del Mecanismo de Expertos .

<sup>78</sup> A/HRC/39/62, párrs. 20 c) y 23.

<sup>79</sup> *Ibid.*, párr. 20 c).

<sup>80</sup> *Ibid.*, párr. 23.

<sup>81</sup> Exposición de Atina Pamei Gaare en el seminario del Mecanismo de Expertos.

<sup>82</sup> Contribución del Grupo Internacional de Trabajo sobre Asuntos Indígenas.

<sup>83</sup> A/HRC/36/60/Add.2, párr. 53, y A/HRC/WG.6/30/DEU/2, párr. 29; véase también Lisa Ossenbrink, “Namibia’s Ovaherero, Nama slam exclusion from Germany deal”, *Al Jazeera*, 1 de junio de 2021, véase <https://www.aljazeera.com/news/2021/6/1/ovaherero-nama-descendants-criticise-germanys-reconciliation>.

<sup>84</sup> A/HRC/36/60/Add.2, párr. 61.

<sup>85</sup> Como la Comisión Nacional de Pueblos Indígenas de Filipinas y el Instituto Nacional de los Pueblos Indígenas de México.

<sup>86</sup> Contribuciones de organizaciones de la sociedad civil y redes de pueblos indígenas de Bangladesh; véase también Miek Boltjes, “The implementation challenge in intrastate peace processes: an analysis”, en *Implementing Negotiated Agreements: The Real Challenge to Intrastate Peace*, Miek Boltjes, ed. (La Haya, T.M.C. Asser Press, 2007), pág. 21.

## V. Aplicación de los tratados, acuerdos y otros arreglos constructivos

45. Al concertar tratados, acuerdos u otros arreglos constructivos, los pueblos indígenas y los Estados se enfrentan a múltiples desafíos y obstáculos para aplicarlos y hacerlos cumplir de manera plena y efectiva, entre ellos la interpretación de los términos del acuerdo y la falta de medios técnicos y financieros, de voluntad política y de armonización con otras regulaciones.

### A. Interpretación

46. Un elemento crucial para la aplicación de los acuerdos es un entendimiento común de buena fe sobre lo que ambas partes se proponen conseguir y sobre la forma en que desean formalizar un acuerdo<sup>87</sup>. Pueden surgir desacuerdos entre las partes sobre la naturaleza y el alcance del acuerdo, sobre el significado y la interpretación de las palabras y conceptos que contiene, incluida la manera en que los conceptos se expresan en diferentes idiomas y la manera en que evolucionan en función de los cambios de las circunstancias, y sobre la duración del acuerdo<sup>88</sup>. Muchos pueblos indígenas se refieren a esa clase de preocupaciones, particularmente acerca de presuntas cesiones o transferencias de soberanía, tierras y derechos.

47. Por ejemplo, las versiones en maorí y en inglés del Tratado de Waitangi presentan grandes diferencias. En la versión en idioma maorí, los maoríes conservan la soberanía, la libre determinación y los derechos sobre sus *taonga* (bienes preciados), mientras que en la versión en idioma inglés se dice que los maoríes han cedido la soberanía a la Corona británica<sup>89</sup>.

48. La Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas afirma claramente que los Estados deben cumplir y respetar los tratados, acuerdos y otros arreglos constructivos “de conformidad con su verdadero espíritu e intención, de buena fe” y que debe darse debida consideración al entendimiento que los pueblos indígenas les han otorgado. No obstante, en el Canadá y en los Estados Unidos el Estado suele preferir interpretaciones contractuales y literales restrictivas antes que aceptar el propósito original del acuerdo tal como lo entienden los pueblos indígenas. Los Estados tienden a asegurar, mediante sus sistemas judiciales, una interpretación de los tratados históricos como una cesión por parte de las naciones indígenas de sus derechos territoriales y soberanos a la Corona<sup>90</sup>, que es contraria a la intención de las naciones indígenas de establecer una relación de coexistencia en condiciones de amistad y fraternidad, basada en la paz y el apoyo mutuo<sup>91</sup>. Los derechos intrínsecos no deben ser desestimados en ningún caso<sup>92</sup>. El Gobierno federal y los gobiernos provinciales del Canadá han sido muy criticados por adoptar un enfoque reduccionista a la interpretación de los tratados<sup>93</sup>.

<sup>87</sup> E/CN.4/Sub.2/1999/20, párr. 58.

<sup>88</sup> Véase la compilación de conclusiones y recomendaciones de los seminarios de las Naciones Unidas sobre tratados, acuerdos y otros arreglos constructivos; véase también la contribución del Consejo Internacional de Tratados Indios.

<sup>89</sup> E/CN.4/Sub.2/1999/20, párr. 280; véase también la opinión del Mecanismo de Expertos en relación con el mandato de colaboración con los países, Nueva Zelandia, párr. 25, puede consultarse en <https://www.ohchr.org/EN/Issues/IPeoples/EMRIP/Pages/RequestsUnderNewMandate.aspx>.

<sup>90</sup> Véase <https://www.rcaanc-cirnac.gc.ca/eng/1307460755710/1536862806124>.

<sup>91</sup> Exposición del Jefe Wilton Littlechild en el seminario del Mecanismo de Expertos; véanse también las contribuciones del Museo Canadiense de los Derechos Humanos, la Comisión de Relaciones de Tratados de Manitoba, Friends of the Attawapiskat River y Western Shoshone Defense Project; John Leonard Taylor, “Two views on the meaning of treaties six and seven”, en *The Spirit of the Alberta Indian Treaties*, 3ª ed., Richard Price, ed. (Edmonton, University of Alberta Press, 1999), pág. 39; y J. R. Miller, *Lethal Legacy: Current Native Controversies in Canada* (Toronto, McClelland & Stewart, 2004), pág. 165.

<sup>92</sup> E/CN.4/2006/78/Add.3, párr. 16.

<sup>93</sup> Indigenous Bar Association in Canada, “Strengthening partnership between States and indigenous peoples: treaties, agreements and other constructive arrangements”, Ginebra, 16 y 17 de julio de 2012,

49. Al interpretar los tratados, es importante “hacer hincapié y afirmar el entendimiento propio de los pueblos indígenas de los tratados negociados por las naciones que los concertaban, como queda documentado y plasmado en las historias orales y tradiciones de los pueblos indígenas y en los conceptos expresados en sus propios idiomas”<sup>94</sup> a la luz del derecho internacional de los derechos humanos<sup>95</sup>. Los tratados deben ser considerados acuerdos vivos, y hay que tener presente su espíritu y su intención, prestando la debida consideración a la visión del mundo de los pueblos indígenas<sup>96</sup>. En algunos casos, es fundamental que los tratados se respeten como pactos espirituales, que es como los entienden los pueblos indígenas<sup>97</sup>.

50. Al considerar acuerdos futuros será necesario abordar preventivamente las cuestiones de la interpretación y el significado. En el estado de Victoria, la legislación sobre los procesos de elaboración de tratados reconoce que los principios rectores pueden tener un significado y una importancia diferentes para los propietarios tradicionales y para los aborígenes de Victoria y que esas variaciones deben ser tenidas en cuenta en la aplicación de los principios rectores<sup>98</sup>.

51. Se ha comunicado que en algunos casos la interpretación unilateral de los tratados ha dado lugar a su rescisión unilateral<sup>99</sup>. En el caso de la nación shoshone occidental, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos determinó que el Estado había violado los derechos de propiedad de los pueblos indígenas sobre sus tierras ancestrales<sup>100</sup>, y el Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial inició un procedimiento de alerta temprana y acción urgente sobre el caso<sup>101</sup>. Los órganos de tratados de derechos humanos y los procedimientos especiales de las Naciones Unidas han instado a los Estados Unidos a reconocer que los derechos de los indígenas americanos dimanantes de los tratados no pueden ser rescindidos unilateralmente<sup>102</sup>. Como se afirma en el informe final del Relator Especial, se considera que los tratados que no tienen fecha de expiración mantienen su vigencia hasta que todas las partes decidan darlos por terminados<sup>103</sup>. Recientemente 17 órganos federales del Gobierno de los Estados Unidos firmaron un memorando de entendimiento para proteger en sus procesos de formulación de políticas y de regulación los derechos tribales reconocidos en los tratados<sup>104</sup>.

## B. Cumplimiento

52. La aplicación de los acuerdos puede requerir cambios estructurales, legislativos y administrativos, como la creación de instituciones específicas o el fortalecimiento de

---

pág. 4 (puede consultarse en <https://www.ohchr.org/Documents/Issues/IPeoples/Seminars/Treaties/BP16.pdf>).

<sup>94</sup> A/HRC/EMRIP/2010/5, párr. 22.

<sup>95</sup> A/74/149, párr. 43; véanse también E/CN.4/2005/88/Add.3 y E/CN.4/2005/88/Add.3/Corr.1; A/HRC/27/52/Add.2; y A/HRC/18/35/Add.4.

<sup>96</sup> Se considera que la tierra es un “ser” o que posee un espíritu, por lo que está en relación con los pueblos indígenas. Por tanto la tierra no se puede poseer. Contribución de Friends of the Attawapiskat River; véase también Leroy Little Bear, “Jagged worldviews colliding”, en *Reclaiming Indigenous Voice and Vision*, Marie Battiste, ed. (Vancouver, University of British Columbia Press, 2000).

<sup>97</sup> Contribución de la Comisión de Relaciones de Tratados de Manitoba.

<sup>98</sup> Ley para Promover el Proceso de Elaboración de Tratados con los Aborígenes de Victoria, de 2018, art. 20, párr. 2.

<sup>99</sup> Contribuciones del Consejo Internacional de Tratados Indios y del Western Shoshone Defense Project.

<sup>100</sup> Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Mary and Carrie Dann v. United States* (caso núm. 11.140, informe núm. 75/02, 27 de diciembre de 2002) (puede consultarse en <https://www.cidh.oas.org/annualrep/2002eng/USA.11140.htm>).

<sup>101</sup> Véase CERD/C/USA/DEC/1.

<sup>102</sup> CCPR/C/79/Add.50, párr. 37; véanse también CCPR/C/USA/CO/3/Rev.1, párr. 37; y A/HRC/21/47/Add.1, párrs. 15 y 102.

<sup>103</sup> E/CN.4/Sub.2/1999/20, párrs. 272 y 279.

<sup>104</sup> Contribución de los Estados Unidos al 15° período de sesiones del Mecanismo de Expertos, véase <https://www.doi.gov/sites/doi.gov/files/interagency-mou-protecting-tribal-treaty-and-reserved-rights-11-15-2021.pdf>.

instituciones ya existentes. También requiere la asignación de un presupuesto suficiente para ejecutar los cambios necesarios y financiar las instituciones encargadas de aplicar y/ o supervisar la aplicación de los acuerdos. Esas instituciones deben contar con los medios para desempeñar sus tareas, un mandato sólido, facultades apropiadas, independencia y capacidades técnicas. El incumplimiento de esas condiciones puede menoscabar el resultado del proceso y debilitar la credibilidad de las instituciones implicadas.

53. La aprobación de la Ley de Derechos de los Pueblos Indígenas en Filipinas como marco para las relaciones con los pueblos indígenas dio lugar a la creación de la Comisión Nacional de Pueblos Indígenas. No obstante, se ha comunicado que la Comisión carece de financiación apropiada, de capacidad técnica y de facultades efectivas<sup>105</sup>. Análogamente, se ha comunicado que el Comité de Aplicación del Acuerdo de Paz de Chittagong Hill Tracts en Bangladesh tendría dificultades para cumplir su mandato, incluso por la inexistencia de un mecanismo de vigilancia para supervisar las decisiones del Comité<sup>106</sup>.

54. En Colombia, los pueblos indígenas han informado de demoras en la aplicación del capítulo étnico de acuerdo de paz, causadas, entre otras cosas, por la falta de financiación y de un plan de aplicación. En particular, ha habido demoras en la reforma agraria y en el logro de una participación efectiva, lo cual ha afectado la situación de seguridad en los territorios y comunidades indígenas, especialmente la de las mujeres y niñas indígenas<sup>107</sup>.

### C. Voluntad política y buena fe

55. El cumplimiento de acuerdos consensuados se basa en la voluntad política y en la buena fe, sin poner en peligro las iniciativas de establecimiento de la paz<sup>108</sup>. Una aplicación cabal y efectiva crea una coexistencia pacífica y respetuosa.

56. En el estudio sobre el estado de aplicación del Acuerdo de Paz de Chittagong Hill Tracts presentado al Foro Permanente para las Cuestiones Indígenas<sup>109</sup> se ponían de relieve los efectos de la voluntad política en la aplicación de los acuerdos y se señalaba que la resistencia a su aplicación era causada por la oposición a la realización de los derechos de los pueblos indígenas a la libre determinación, la autonomía, la tierra y los recursos naturales<sup>110</sup>. También se llegó a esas conclusiones en las observaciones de sucesivos Relatores Especiales sobre los derechos de los pueblos indígenas<sup>111</sup>, así como en los procesos del examen periódico universal<sup>112</sup>.

57. Durante la finalización del presente estudio, el Mecanismo de Expertos recibió denuncias de intentos de revocar la Ley de Regulación de 1900, lo cual socavaría la base jurídica para la aplicación del Acuerdo de Paz de Chittagong Hill Tracts y los derechos del pueblo jumma en esa región de Bangladesh<sup>113</sup>. Los riesgos que supone la falta de reconocimiento constitucional del Acuerdo se han señalado en diversas ocasiones<sup>114</sup>.

58. El Mecanismo de Expertos también tiene conocimiento de situaciones en que el reconocimiento constitucional de los tratados no ha garantizado su correcta aplicación. En el Canadá, a pesar del tratado existente entre los mi'kmaq y la Corona sobre el derecho a la

<sup>105</sup> Exposición de Minnie Degawan en el seminario del Mecanismo de Expertos.

<sup>106</sup> Contribuciones de organizaciones de la sociedad civil y de redes de pueblos indígenas de Bangladesh, Parbatya Chattagram Jana Samhati Samiti y el Grupo Internacional de Trabajo sobre Asuntos Indígenas; véase también Devasish Roy, "Lessons from the implementation of the Chittagong Hill Tracts Accord", 2021 (puede consultarse en <https://www.iwgia.org/en/news/4541-lessons-from-the-implementation-of-the-chittagong-hill-tracts-accord.html>).

<sup>107</sup> Contribución de Derechos de los Pueblos Indígenas Internacional al 15º período de sesiones del Mecanismo de Expertos.

<sup>108</sup> E/CN.4/Sub.2/1999/20, párrs. 277, 295 y 296.

<sup>109</sup> Véase E/C.19/2011/6.

<sup>110</sup> *Ibid.*, párrs. 45 y 46.

<sup>111</sup> A/74/149, párr. 47; y A/HRC/9/9/Add.1, párrs. 50 a 56.

<sup>112</sup> Véanse A/HRC/39/12, A/HRC/24/12 y A/HRC/11/18.

<sup>113</sup> Véase <https://hillvoice.net/cht-regulation-1900-must-be-enforced-statements-of-27-eminent-citizens/>.

<sup>114</sup> A/HRC/48/75, párr. 37; A/HRC/9/9/Add.1, párr. 50; E/C.19/2011/6; E/C.19/2014/4; y CCPR/C/BGD/CO/1, párr. 12.

pesca, la caza y la recolección y de la reafirmación de ese derecho en la decisión Marshall del Tribunal Supremo, de 1999<sup>115</sup>, los mi'kmaq siguen teniendo dificultades para hacer efectivos los derechos dimanantes del tratado y padecen intimidación y hostigamiento por parte de personas no indígenas cuando intentan ejercer esos derechos<sup>116</sup>.

#### D. Falta de preparación cultural

59. El cumplimiento también está vinculado con la necesidad de un marco cultural que favorezca la cabal comprensión de los derechos de los pueblos indígenas y la importancia del compromiso contraído al concertar un acuerdo. Esto significa crear un entorno compartido y estable en el cual los derechos y los puntos de vista indígenas sean bien comprendidos, de tal modo que puedan aplicarse de manera sistemática<sup>117</sup>. La educación sobre los derechos humanos es un instrumento fundamental para alcanzar ese objetivo, y los funcionarios del Estado, en particular, deben haber recibido capacitación para comprender y aplicar esos derechos en el desempeño de sus funciones. Iniciativas como la del material pedagógico sobre los tratados destinado a los planes de estudios escolares, que ha elaborado la Comisión de Relaciones de Tratados de Manitoba, puede contribuir a un entendimiento común y a una cultura de respeto de los tratados<sup>118</sup>.

### VI. Mecanismo de solución de controversias

60. La creación y el fortalecimiento de mecanismos específicos contribuye a lograr que los tratados, acuerdos y otros arreglos constructivos entre los pueblos indígenas y los Estados sean respetados y aplicados. El incumplimiento de los acuerdos crea controversias y puede dar lugar a violaciones de los derechos humanos y al quebrantamiento de alianzas que ha costado mucho construir. Estas situaciones deben abordarse de manera apropiada mediante mecanismos competentes que aborden y solucionen las controversias, y reparen y remedien los agravios. Un compromiso de los Estados de reparar el expolio histórico y vigente perpetrado contra los pueblos indígenas es un elemento esencial de una nueva relación con estos. Esos mecanismos deben examinar las violaciones pasadas, presentes y persistentes aplicando un enfoque basado en los derechos humanos y con una total comprensión de los procesos históricos.

61. La Declaración proporciona un marco sobre la forma de aplicar procesos que puedan revertir las violaciones de los tratados, acuerdos y otros arreglos constructivos, como se describe en los estudios e informes del Mecanismo de Expertos<sup>119</sup> y en los tres seminarios de expertos de las Naciones Unidas<sup>120</sup>. El artículo 40 de la Declaración dispone que los pueblos indígenas tienen derecho a procedimientos equitativos y justos para el arreglo de conflictos y controversias con los Estados u otras partes, y a una pronta decisión sobre esas controversias, así como a una reparación efectiva de toda lesión de sus derechos individuales y colectivos. En esas decisiones se tendrán debidamente en consideración los derechos humanos internacionales y las costumbres, las tradiciones, las normas y los sistemas jurídicos de los pueblos indígenas interesados.

62. Del mismo modo, con respecto a la necesidad de reconocer y adjudicar los derechos de los pueblos indígenas en relación con sus tierras, territorios y recursos, el artículo 27 de la Declaración estipula la obligación de los Estados de establecer y aplicar, conjuntamente con los pueblos indígenas pertinentes y con su participación, un proceso equitativo,

<sup>115</sup> Tribunal Supremo del Canadá, *R. v. Marshall* [1999] 3 SCR 456.

<sup>116</sup> Sarah Ritchie, "Federal enforcement in N.S. fisheries dispute 'political': Mi'kmaq lawyer", *Global News*, 20 de septiembre de 2021 (puede consultarse en <https://globalnews.ca/news/8204388/liberals-fishery-dispute-mikmaq-lawyer/>).

<sup>117</sup> A/74/149, párr. 81 g).

<sup>118</sup> Contribución de la Comisión de Relaciones de Tratados de Manitoba.

<sup>119</sup> Véanse A/HRC/39/62; A/HRC/45/38; y A/HRC/48/51.

<sup>120</sup> Véase la compilación de conclusiones y recomendaciones de los seminarios de las Naciones Unidas sobre tratados, acuerdos y otros arreglos constructivos.

independiente, imparcial, abierto y transparente, en el que se reconozcan debidamente las leyes, tradiciones, costumbres y sistemas de tenencia de la tierra de los pueblos indígenas.

63. El artículo 28 de la Declaración afirma que los pueblos indígenas tienen derecho a la reparación por violaciones de su derecho a las tierras, los territorios y los recursos que hayan sido confiscados, tomados, ocupados, utilizados o dañados sin su consentimiento libre, previo e informado. Los medios para la reparación de esas violaciones pueden incluir la restitución o, cuando ello no sea posible, una indemnización justa y equitativa. Salvo que los pueblos interesados hayan convenido libremente en otra cosa, la indemnización consistirá en tierras, territorios y recursos de igual calidad, extensión y condición jurídica o en una indemnización monetaria u otra reparación adecuada.

64. Los artículos 27, 28 y 40 ponen de relieve dos cuestiones importantes: a) el derecho de los pueblos indígenas a que las violaciones de sus derechos se aborden y se reparen mediante procesos adecuados; y b) su derecho a participar en esos procesos, de conformidad con el principio del consentimiento libre, previo e informado.

65. Las entidades encargadas de emprender negociaciones y resolver controversias y conflictos deben gozar de una independencia garantizada por las constituciones u otras leyes y deben disponer de fondos y medios suficientes para desempeñar su labor de manera apropiada y eficiente. Deben haber recibido mandatos explícitos y amplios y sus decisiones deben ser vinculantes y deben hacerse cumplir. Esos órganos deben establecerse en colaboración con los pueblos indígenas, con una inclusión significativa de los enfoques indígenas para la solución de controversias y de las leyes indígenas. Su composición debe garantizar el pluralismo y la igualdad de representación de los pueblos indígenas. Toda asimetría de poder entre los pueblos indígenas y los Estados en esos órganos y en la aplicación de sus decisiones socavaría el principio de un enfoque conjunto para la solución de los problemas. Esos órganos deben actuar con un conocimiento y una comprensión profundos y amplios del derecho internacional de los derechos humanos y de los derechos de los pueblos indígenas.

## A. Mecanismos no contenciosos

66. Los mecanismos de solución de controversias utilizados para abordar cuestiones relacionadas con los tratados entre los pueblos indígenas y los Estados deberían tener un carácter no contencioso. El Tribunal de Waitangi es una comisión de investigación permanente establecida para determinar si las acciones, la inacción o las omisiones de la Corona han infringido los principios del Tratado de Waitangi<sup>121</sup>. Los derechos consagrados en la Declaración han adquirido cada vez más importancia en la interpretación de esos principios<sup>122</sup>. No obstante, como ha observado el Mecanismo de Expertos, la interpretación del tratado por el Tribunal de Waitangi y otros tribunales no se lleva a cabo en su totalidad ni de manera estrictamente acorde con el texto en *te reo maorí*<sup>123</sup>.

67. Las audiencias del Tribunal de Waitangi, que son menos formales y se realizan de una manera parcialmente adaptada al enfoque de solución de controversias maorí *tikanga*, producen recomendaciones que en general no son vinculantes y a menudo no son tenidas en cuenta por la Corona<sup>124</sup>. Se ha indicado que el Tribunal carece de recursos y afronta un número considerable de denuncias, de ahí su lentitud a la hora de investigar, informar y formular recomendaciones sobre los casos<sup>125</sup>. Muchos de esos desafíos han sido considerados anteriormente por los órganos de tratados de derechos humanos de las Naciones Unidas<sup>126</sup> y por el Mecanismo de Expertos, que aconsejó al Estado que considerase potenciar la función del Tribunal de modo que incluyera: decisiones vinculantes y no solo recomendaciones; la

<sup>121</sup> Véase <https://waitangitribunal.govt.nz/treaty-of-waitangi/>.

<sup>122</sup> Tribunal de Waitangi, *Whaia te Mana Motuhake: report on the Māori Community Development Act Claim* (Lower Hutt, Nueva Zelanda, Legislation Direct, 2015).

<sup>123</sup> Opinión del Mecanismo de Expertos, Nueva Zelanda, párr. 25.

<sup>124</sup> A/HRC/18/35/Add.4, párr. 27.

<sup>125</sup> Opinión del Mecanismo de Expertos, Nueva Zelanda, párr. 25.

<sup>126</sup> Véanse E/C.12/NZL/CO/4 y CERD/C/NZL/CO/21-22.

facultad de evaluar las políticas sobre la base del Tratado; y la dotación de recursos humanos y financieros adicionales<sup>127</sup>.

68. En el estado de Victoria, en Australia, la legislación que define los procesos de elaboración de tratados establece una autoridad encargada de los tratados, entre cuyas funciones están las de incluir la solución de controversias en las negociaciones sobre los tratados y de establecer un proceso de solución de controversias<sup>128</sup>. El contenido del marco de negociación sobre los tratados, respecto del cual deberían colaborar el órgano representativo de los aborígenes y el Estado, incluye un mecanismo para la aplicación de los tratados<sup>129</sup>.

69. La Comisión de Tratados de Columbia Británica, en el Canadá, que es un órgano independiente, sustentado en una legislación que garantiza su longevidad y su continuidad, fue establecido en colaboración con los pueblos indígenas. Aunque no tiene el mandato explícito de supervisar la aplicación de los tratados ni de participar en la solución de controversias ha incrementado, a solicitud de las partes, su intervención en la facilitación del diálogo constructivo entre el Estado y las naciones indígenas aplicando enfoques de solución de problemas<sup>130</sup>. Además, la Ley de Declaración de los Derechos de los Pueblos Indígenas de Columbia Británica<sup>131</sup>, que se formuló en colaboración con los pueblos indígenas, brinda otro ejemplo de un enfoque concreto para abordar los problemas actuales y futuros de manera concertada.

70. Análogamente, la Comisión de Relaciones de Tratados de Manitoba<sup>132</sup> ofrece un mecanismo de solución de controversias no contencioso y que evita el enfrentamiento, recurriendo principalmente al enfoque de la solución de controversias que aplican los pueblos de las Primeras Naciones, así como a su experiencia en cuestiones relativas a los tratados. Pese a tener el mandato de facilitar y mantener relaciones intergubernamentales positivas y la cooperación entre el Estado y los pueblos indígenas, se ha comunicado que la Comisión no funciona a pleno rendimiento y no siempre es utilizada del todo por los socios en un tratado<sup>133</sup>.

71. En el Canadá, a nivel nacional, no existen mecanismos generales con la competencia y el mandato de supervisar la aplicación de los tratados, acuerdos y otros arreglos constructivos, ni de solución de controversias. Existe en su lugar una orientación política basada en la reconciliación<sup>134</sup>, sumada a una directriz sobre los litigios que rige la respuesta federal cuando los pueblos indígenas llevan casos a los tribunales<sup>135</sup>. Se ha constituido un Comité de Transición, dirigido por indígenas, encargado de establecer un Consejo Nacional de Reconciliación, cuyo propósito es garantizar la rendición de cuentas por el Gobierno del Canadá sobre la reconciliación de la relación con los pueblos indígenas<sup>136</sup>.

72. La Ley de Autonomía de Groenlandia establece un mecanismo híbrido para la solución de controversias, consistente en una junta *ad hoc* integrada por “dos miembros designados por el Gobierno de Dinamarca, dos miembros designados por el Naalakkersuisut (Gobierno de Groenlandia) y tres jueces del Tribunal Supremo designados por su Presidente”. Este dictará una decisión únicamente si los miembros de los dos Gobiernos no llegan a un acuerdo (art. 19).

<sup>127</sup> Opinión del Mecanismo de Expertos, Nueva Zelandia, párr. 27.

<sup>128</sup> Ley para Promover el Proceso de Elaboración de Tratados con los Aborígenes de Victoria, de 2018, parte 7.

<sup>129</sup> *Ibid.*, parte 5, secc. 31, párr. 1 e) y f).

<sup>130</sup> Contribución de la Comisión de Tratados de Columbia Británica.

<sup>131</sup> Véase [https://engage.gov.bc.ca/app/uploads/sites/121/2022/03/declaration\\_act\\_action\\_plan.pdf](https://engage.gov.bc.ca/app/uploads/sites/121/2022/03/declaration_act_action_plan.pdf).

<sup>132</sup> Véase [www.trcm.ca](http://www.trcm.ca).

<sup>133</sup> Contribución de la Comisión de Relaciones de Tratados de Manitoba.

<sup>134</sup> Véase <https://www.rcaanc-cirnac.gc.ca/eng/1400782178444/1529183710887>.

<sup>135</sup> Véase <https://www.justice.gc.ca/eng/csj-sjc/ijr-dja/dclip-dlcpa/litigation-litiges.html>.

<sup>136</sup> Contribución de la Comisión de Tratados de Columbia Británica; véase también <https://www.canada.ca/en/crown-indigenous-relations-northern-affairs/news/2022/01/indigenous-led-transitional-committee-formed-to-establish-a-national-council-for-reconciliation.html>.

## B. Función de los tribunales

73. Debido a la falta de órganos competentes para resolver controversias relacionadas con los tratados, los sistemas judiciales del Estado se utilizan a menudo para abordar las controversias, lo cual crea nuevos desafíos. El carácter contencioso de los procedimientos judiciales lleva consigo actuaciones largas y costosas, que a menudo no pueden permitirse los pueblos indígenas, mientras que los perjuicios se siguen acumulando a medida que avanza el litigio. La escasez de abogados y jueces con experiencia en los tratados y en los derechos, la cultura, la historia y las leyes de los pueblos indígenas representa un obstáculo enorme para asegurar el acceso a la justicia de los pueblos indígenas<sup>137</sup>.

74. En muchos casos se pide a los tribunales que interpreten el significado y el alcance de los tratados, lo que incluye su aplicación y su incumplimiento. En Aotearoa/Nueva Zelanda, la incorporación del Tratado de Waitangi en la legislación ha producido a veces resultados significativos, y progresivamente los tribunales han ido interpretando sus principios<sup>138</sup>. En una decisión reciente relativa a la protección del medio ambiente frente a la actividad minera, el Tribunal Supremo estimó que el Tratado no se había tenido debidamente en cuenta cuando se otorgaron los permisos ambientales y que se requería un enfoque amplio y generoso al interpretar sus principios<sup>139</sup>.

75. Las modificaciones introducidas en la Ley de Asuntos Indios en 1951 otorgaron a los pueblos indígenas del Canadá acceso a los tribunales, lo cual dio lugar a una serie de decisiones del Tribunal Supremo sobre casos relativos a los derechos y la titularidad aborígenes, así como a los derechos dimanantes de tratados, como los casos Calder<sup>140</sup>, Delgamuukw<sup>141</sup> y de la nación Tsilhqot'in<sup>142</sup>. En una serie de decisiones, el Tribunal Supremo ha formulado un conjunto de normas para la interpretación de los tratados, que incluye la equiparación de las pruebas orales y escritas y la inclusión de las perspectivas de los pueblos indígenas sobre los derechos y la titularidad, si bien esto no siempre ha tenido como consecuencia una interpretación de los tratados que reflejara el entendimiento de su espíritu y de su intención que le dan los pueblos indígenas<sup>143</sup>.

76. Los tribunales también son responsables de determinar cuándo se han infringido los tratados y si dicha infracción está justificada con arreglo a los criterios establecidos por el Tribunal Supremo del Canadá en los casos Sparrow y Badger<sup>144</sup>. Sin embargo, cabe subrayar que la noción de “infracción”, en que se basa sistemáticamente el Tribunal Supremo, no corresponde a lo dispuesto en el artículo 40 de la Declaración, que afirma el derecho de los pueblos indígenas a obtener una reparación efectiva por toda lesión de sus derechos.

<sup>137</sup> Contribución de la Comisión de Relaciones de Tratados de Manitoba.

<sup>138</sup> Exposición de Claire Charters en el seminario del Mecanismo de Expertos.

<sup>139</sup> Tribunales de Nueva Zelanda, *Trans-Tasman Resources Limited v. The Taranaki-Whanganui Conservation Board* [2021] NZSC 127; Robin Martin y Craig Ashworth, “Taranaki ironsands mining appeal fails at Supreme Court”, *Radio Nueva Zelanda*, 30 de septiembre de 2021; y Tara Shaskey, “Both sides claim victory in Supreme Court ruling quashing South Taranaki seabed mining consents”, *Stuff*, 30 de septiembre de 2012, véase <https://www.stuff.co.nz/business/126525818/both-sides-claim-victory-in-supreme-court-ruling-quashing-south-taranaki-seabed-mining-consents>.

<sup>140</sup> Tribunal Supremo del Canadá, *Calder et al. v. Attorney-General of British Columbia*, [1973] SCR 13.

<sup>141</sup> Tribunal Supremo del Canadá, *Delgamuukw v. British Columbia*, [1997] 3 SCR 1010.

<sup>142</sup> Tribunal Supremo del Canadá *Tsilhqot'in Nation v. British Columbia* [2014] SCC 44.

<sup>143</sup> Contribución de la Comisión de Relaciones de Tratados de Manitoba; véase también, con respecto a la interpretación de los tratados, Tribunal Supremo del Canadá, *R. v. Marshall* [1999]; *R. v. Van der Peet* [1996]; *The First Nation of Nacho Nyak Dun v. Yukon (Government of)* [2017] SCC 58.

<sup>144</sup> Tribunal Supremo del Canadá, *R. v. Sparrow* [1990]; y Peter W. Hogg y Roy W. Millen, “Re: treaties and the sharing of sovereignty in Canada”, opinión jurídica solicitada por la Comisión de Tratados de Columbia Británica, 18 de abril de 2017; véase también <https://www.canada.ca/en/crown-indigenous-relations-northern-affairs/news/2022/01/indigenous-led-transitional-committee-formed-to-establish-a-national-council-for-reconciliation.html>.

## C. Mecanismo internacional

77. Un hecho que se señaló en el informe final del Relator Especial, y que sigue siendo sumamente pertinente, es que los Estados expresan reticencia a situar en el plano internacional cuestiones polémicas relacionadas con los tratados, acuerdos y arreglos constructivos en que intervienen los pueblos indígenas. Sin embargo, habría que prestar consideración a un debate abierto y a la adopción de decisiones en los foros internacionales una vez que se ha agotado la jurisdicción interna. Esto es especialmente pertinente en el caso de los tratados y arreglos constructivos que tienen un carácter internacional<sup>145</sup>.

78. El Relator Especial reclamó un mayor debate sobre el establecimiento de un órgano internacional, destacando que “la inexistencia, el mal funcionamiento, el enfoque discriminatorio antiindígena o la ineficacia de las instituciones nacionales darán nuevos argumentos a las opciones internacionales. Este podría ser uno de los mejores argumentos a favor del establecimiento (o fortalecimiento) de unos canales internos adecuados y eficaces para la aplicación/respeto de los derechos indígenas y la solución de conflictos sobre cuestiones relacionadas con los indígenas”<sup>146</sup>. Aunque el establecimiento de mecanismos internacionales se ha sugerido en los seminarios de expertos de las Naciones Unidas a raíz del informe final del Relator Especial, con una invitación a los órganos regionales para participar y formular recomendaciones sobre las controversias relacionadas con los tratados<sup>147</sup>, se ha progresado muy poco.

79. El artículo XXIV de la Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas afirma que cuando las controversias no puedan ser resueltas entre las partes en relación a dichos tratados, acuerdos y otros arreglos constructivos, estas serán sometidas a los órganos competentes, incluidos los órganos regionales e internacionales, por los Estados o pueblos indígenas interesados.

80. La internacionalización de los acuerdos puede contribuir a fomentar su aplicación, como se puso de manifiesto en el caso del acuerdo de paz de 2016 en Colombia, que fue aprobado como un acuerdo especial en virtud del artículo 3 común de los Convenios de Ginebra de 1949. La firma del acuerdo en el marco del derecho internacional fortaleció las garantías de su aplicación y aseguró la continuidad del proceso de justicia de transición a pesar de los cambios políticos<sup>148</sup>.

81. Abrir las cuestiones relacionadas con los tratados, acuerdos y otros arreglos constructivos al escrutinio internacional, incluido el de los órganos de tratados de derechos humanos de las Naciones Unidas, puede incrementar la conciencia sobre su pertinencia, crear confianza, ayudar a resolver las asimetrías y alentar a una aplicación sistemática de un enfoque basado en los derechos humanos, lo cual contribuirá a unas relaciones respetuosas y saludables entre los Estados y los pueblos indígenas.

<sup>145</sup> E/CN.4/Sub.2/1999/20, párrs. 312 a 314.

<sup>146</sup> *Ibid.*, párr. 317.

<sup>147</sup> Véase la compilación de conclusiones y recomendaciones de los seminarios de las Naciones Unidas sobre tratados, acuerdos y otros arreglos constructivos.

<sup>148</sup> Contribución del Grupo Internacional de Trabajo sobre Asuntos Indígenas, véase también César Rojas Orozco, “Estatus jurídico internacional del acuerdo de paz colombiano”, *Revista Estudios de Derecho*, vol. 75, núm. 165 (2018), págs. 131 a 149, véase <https://revistas.udea.edu.co/index.php/red/articulo/view/334760/20790563>.

82. No hay que descartar la posibilidad de considerar la creación de un mecanismo internacional dedicado a la aplicación de los tratados, acuerdos y otros arreglos constructivos, que se sumaría a los órganos existentes de las Naciones Unidas. En el Documento Final de la Conferencia de Alta, los pueblos indígenas recomendaron a la Asamblea General que solicitara que se estableciera un mecanismo internacional encargado de las actividades de supervisión, reparación, restitución y aplicación respecto de los tratados, acuerdos y otros arreglos constructivos concertados entre los pueblos o naciones indígenas y los Estados o sus predecesores y sucesores<sup>149</sup>. Desde entonces, no se han hecho más recomendaciones sobre su establecimiento.

---

<sup>149</sup> Conferencia Preparatoria Mundial de los Pueblos Indígenas para la reunión plenaria de alto nivel de la Asamblea General de las Naciones Unidas, conocida como Conferencia Mundial sobre los Pueblos Indígenas, junio de 2013, Documento Final de Alta, tema 2, párr. 2, véase [https://www.un.org/esa/socdev/unpfii/documents/wc/AdoptedAlta\\_outcomedoc\\_EN.pdf](https://www.un.org/esa/socdev/unpfii/documents/wc/AdoptedAlta_outcomedoc_EN.pdf).

## Anexo

### **Opinión núm. 15 sobre los tratados, acuerdos y otros arreglos constructivos, incluidos los acuerdos de paz y las iniciativas de reconciliación, y su reconocimiento constitucional**

1. Los Estados deben reconocer plenamente a los pueblos indígenas como pueblos con derecho a la libre determinación, tal como se afirma en la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas (la Declaración), sobre la base del Artículo 1 de la Carta de las Naciones Unidas y del artículo 1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, y de conformidad con lo reafirmado en varios instrumentos internacionales y regionales de derechos humanos y por los órganos de tratados y los mandatos de procedimientos especiales. Preferiblemente, este reconocimiento debería estar consagrado en las constituciones de los Estados a fin de garantizar el máximo nivel de protección a nivel nacional y ofrecer continuidad e inmunidad frente a la inestabilidad, el cambio político y/o la regresión de derechos, incluso en la legislación y las políticas nacionales.
2. Los Estados, conjuntamente con los pueblos indígenas, deberían incorporar en la legislación nacional un marco de aplicación de la Declaración. Los Estados deberían considerar que la Declaración es el criterio mínimo para lograr que los pueblos indígenas gocen de sus derechos, lo cual no impide emprender iniciativas más ambiciosas.
3. Los Estados deberían adoptar medidas para promover y lograr la realización del derecho de los pueblos indígenas a que los tratados, acuerdos y otros arreglos constructivos concertados con ellos o sus sucesores sean reconocidos, observados y aplicados, como se dispone en el artículo 37 de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas y en el artículo XXIV de la Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas. Deben acatarlos y respetarlos de buena fe y de conformidad con su espíritu e intención, y evitar adoptar iniciativas unilaterales que pudieran menoscabar el rango de esos acuerdos y los derechos afirmados en ellos. El cumplimiento de esos acuerdos es fundamental para que los pueblos indígenas gocen de su derecho a la libre determinación.
4. Los Estados deben adoptar las medidas necesarias para construir alianzas reales y genuinas con los pueblos indígenas, basadas en los principios de la justicia, la democracia, el respeto de los derechos humanos, la no discriminación y la buena fe, mediante el establecimiento, en pie de igualdad, de tratados, acuerdos y otros arreglos constructivos.
5. Cuando el marco jurídico dominante no incluya los sistemas jurídicos indígenas, los Estados deben reconocer la personalidad jurídica de los pueblos indígenas a fin de que los acuerdos alcanzados con ellos puedan formalizarse de modo que se asegure la personalidad jurídica de los pueblos indígenas y su posición de igualdad en la negociación, conclusión, aplicación y ejecución de esos acuerdos.
6. En los procesos de elaboración de acuerdos, los Estados deben entablar un diálogo significativo en el que los pueblos indígenas sean considerados socios y no beneficiarios, y definir junto con ellos, sobre la base del consentimiento mutuo y la participación en pie de igualdad, el marco de negociación y las condiciones del acuerdo, incluida la supervisión, la aplicación y los mecanismos de solución de controversias.
7. En las iniciativas de establecimiento de acuerdos con los pueblos indígenas, los Estados deben considerar la posibilidad de participar ateniéndose al sistema jurídico, las costumbres y las prácticas tradicionales de los pueblos indígenas, aun si no corresponden al marco jurídico del Estado. Esto debe hacerse con respecto a sus prácticas de establecimiento de relaciones y no debe utilizarse en modo alguno para deslegitimar los acuerdos concertados sobre esa base.
8. En todas las fases de elaboración, establecimiento, supervisión y aplicación de acuerdos y de solución de controversias, debe ocupar un lugar central el respeto del conjunto de derechos humanos de los pueblos indígenas.

9. Al negociar acuerdos con los pueblos indígenas, los Estados deben ser conscientes de los desequilibrios de poder y respetar los plazos y las condiciones necesarios para que los pueblos indígenas definan y fortalezcan sus propias instituciones internas de adopción de decisiones, sin injerencias ni intentos de influir en su composición ni en sus posiciones.
10. Los Estados deben velar por que los pueblos indígenas tengan los recursos y la capacidad necesarios para participar efectivamente en un proceso de negociación, y deben asignar recursos suficientes que les permitan participar, prepararse y contratar expertos, si así lo desean, sin que esa asistencia se utilice como instrumento para controlar sus posiciones.
11. Los procesos de negociación basados en el consenso deben cumplir el principio del consentimiento libre, previo e informado, formulado en la Declaración e interpretado progresivamente por los sistemas regionales e internacionales de derechos humanos.
12. Si así lo solicitan los pueblos indígenas, los Estados deben aceptar la intervención de terceros como mediadores en la mesa de negociación. Esas partes deben ser independientes y su participación, su composición y su mandato deben ser definidos y acordados por los pueblos indígenas. Los Estados deben velar por que las partes mediadoras dispongan de medios para cumplir su función y tengan experiencia y conocimientos suficientes de los derechos de los pueblos indígenas y del contexto correspondiente, así como del derecho internacional de los derechos humanos.
13. Cuando los tratados, acuerdos y otros arreglos constructivos entre Estados y pueblos indígenas se hayan concertado en un contexto colonial, los Estados sucesores deben asumir esas obligaciones, como se dispone en el artículo 37 de la Declaración. Deben acatarlos, respetarlos y aplicarlos y evitar adoptar iniciativas unilaterales, como la rescisión, tendentes a menoscabar el disfrute de los derechos acordados en esos instrumentos.
14. Los Estados deben asumir y aplicar los tratados, acuerdos y otros arreglos constructivos de conformidad con su espíritu y su intención tal como los entienden los pueblos indígenas implicados y con la flexibilidad que implica un acuerdo vivo con una larga historia y que sigue vigente en contextos en evolución. Los acuerdos deben ser interpretados siempre de la manera más favorable para los pueblos indígenas y conforme a los derechos consagrados en la Declaración.
15. Los Estados deben establecer mecanismos de vigilancia y aplicación, en colaboración con los pueblos indígenas, para garantizar la ejecución efectiva de los acuerdos, y deben asegurar la independencia, la sostenibilidad económica y la capacidad técnica de esos mecanismos, así como otorgarles unos mandatos con la capacidad necesaria. Para alcanzar ese objetivo, hay que garantizar una financiación adecuada, sin menoscabar la independencia de las instituciones implicadas, y recurriendo a funcionarios bien capacitados y bien cualificados que apliquen un enfoque basado en los derechos humanos y en los derechos de los pueblos indígenas. Los pueblos indígenas que sean partes en el acuerdo deben estar representados en esas instituciones en la misma medida y a todos los niveles.
16. Los Estados deben velar por que exista en los órganos del Estado capacidad institucional y voluntad política para comprender el significado de los tratados, acuerdos y otros arreglos constructivos con los pueblos indígenas y hacerlos cumplir en sus ámbitos respectivos. Esto debería incluir buscar soluciones constructivas si la incompatibilidad de los protocolos pone en peligro la aplicación de un acuerdo.
17. Los Estados deben establecer mecanismos de arbitraje apropiados, en colaboración con los pueblos indígenas, para atender denuncias de violaciones de los acuerdos, resolver controversias y reparar y remediar agravios. Esos mecanismos deben ser independientes e imparciales y sus decisiones deben ser vinculantes y deben poder hacerse cumplir. En los métodos de solución de controversias deben incluirse los enfoques indígenas de la solución de controversias y las leyes indígenas. Los mecanismos de solución de controversias deben guiarse por el derecho internacional de los derechos humanos, incluidos los derechos de los pueblos indígenas.
18. Los Estados deben impartir una capacitación adecuada y continua para el fomento de la capacidad sobre el derecho de los derechos humanos, los derechos de los pueblos indígenas, los procesos de elaboración de tratados y las culturas, tradiciones y perspectivas

indígenas, destinada a los mecanismos e instituciones diseñados para establecer, supervisar y aplicar los acuerdos, así como a los encargados de resolver las controversias conexas.

19. Los Estados deben promover, en todos los ámbitos de la sociedad, la comprensión de: los procesos históricos relacionados con los pueblos indígenas, la colonización y sus repercusiones; la discriminación histórica y persistente a que se enfrentan los pueblos indígenas; y el significado y la importancia de los acuerdos y los derechos de los pueblos indígenas. Las iniciativas tendentes al logro de esos objetivos pueden incluir la integración o el fortalecimiento de esos temas en los programas educativos y en campañas sociales.

20. Los pueblos indígenas nunca deben ser estigmatizados, criminalizados ni atacados por las autoridades o los funcionarios del Estado por ejercer sus derechos estipulados en acuerdos concertados por consenso con los Estados o por protestar contra las violaciones de esos derechos. Los Estados deben reconocer claramente la legitimidad de esas reivindicaciones y reafirmar el respeto por la libertad de expresión como pilar de un espacio cívico saludable, plural y democrático.

21. Es necesario asegurar el acceso a la justicia de los pueblos indígenas sin restricciones ni discriminación. Los procedimientos judiciales deben tener una duración razonable y justificada. Ante cualquier posible violación de un tratado, especialmente si implica posibles perjuicios, debe aplicarse el principio de precaución de modo que la violación no empeore y el perjuicio se haga permanente.

22. Las resoluciones judiciales en materia de controversias sobre los tratados deben respetarse y aplicarse, lo que incluye la cesación inmediata de la acción que constituya una infracción y la reparación efectiva de conformidad con el artículo 28 de la Declaración.

23. Se alienta a los pueblos indígenas a considerar que los tratados, acuerdos u otros arreglos constructivos son un medio de construir y fortalecer sus relaciones con los Estados de una manera más apropiada a sus objetivos y con arreglo a sus propias organizaciones de adopción de decisiones.

24. Debería crearse un mandato de un relator especial sobre la aplicación de los tratados, acuerdos y arreglos constructivos de los pueblos indígenas.

25. Los organismos y mecanismos de las Naciones Unidas, en el desempeño ordinario de su labor y de sus competencias, deberían apoyar la aplicación de los tratados, acuerdos y arreglos constructivos a que se haya llegado.

26. Cuando se considere que los tratados tienen un interés internacional, los pueblos indígenas deben tener acceso a órganos internacionales para la solución de controversias, incluidos los órganos de tratados existentes de las Naciones Unidas.

27. Las recomendaciones del Relator Especial Miguel Alfonso Martínez y las formuladas en los tres seminarios de expertos de las Naciones Unidas deben ser objeto de seguimiento y aplicación, entre ellas las recomendaciones sobre el establecimiento de un mecanismo internacional para ocuparse de las controversias relacionadas con los tratados, acuerdos y arreglos constructivos, y sobre el establecimiento de una sección o de un órgano internacional encargado de registrar y publicar todos los tratados concertados entre los pueblos indígenas y los Estados, prestando debida atención a garantizar el acceso a las versiones orales indígenas de esos instrumentos.