



Asamblea General

Distr.
GENERAL

A/HRC/12/34
15 de julio de 2009

ESPAÑOL
Original: INGLÉS

CONSEJO DE DERECHOS HUMANOS
12º período de sesiones
Tema 3 de la agenda

**PROMOCIÓN Y PROTECCIÓN DE TODOS LOS DERECHOS
HUMANOS, CIVILES, POLÍTICOS, ECONÓMICOS, SOCIALES
Y CULTURALES, INCLUIDO EL DERECHO AL DESARROLLO**

**Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos
y las libertades fundamentales de los indígenas, James Anaya ***

Resumen

El presente informe es el segundo que presenta al Consejo de Derechos Humanos el Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas, James Anaya, de conformidad con la resolución 6/12 del Consejo. En el informe el Relator Especial hace una reflexión sobre su mandato en comparación con el del Foro Permanente de las Naciones Unidas para las Cuestiones Indígenas y el del Mecanismo de expertos sobre los derechos de los pueblos indígenas, del Consejo de Derechos Humanos, y señala las esferas de posible cooperación. Examina luego el marco práctico de su labor, incluido un resumen de sus actividades en relación con cuatro esferas de trabajo principales, a saber, la promoción de las buenas prácticas, los estudios temáticos, los informes de países y los casos de presuntas violaciones de los derechos humanos. El Relator Especial dedica la segunda parte de su informe a analizar el deber de los Estados de celebrar consultas con los pueblos indígenas sobre cuestiones que los afectan, con lo que espera ofrecer una perspectiva sobre la forma en que los gobiernos, los pueblos indígenas, el sistema de las Naciones Unidas y otras partes interesadas pueden abordar esta cuestión esencial en el futuro, y presenta varias recomendaciones al respecto.

* Documento presentado con retraso.

ÍNDICE

	<i>Párrafos</i>	<i>Página</i>
INTRODUCCIÓN	1 - 5	3
I. CUMPLIMIENTO DEL MANDATO	6 - 35	4
A. Coordinación con otros mecanismos y organismos	6 - 17	4
B. Esferas de trabajo	18 - 35	7
II. UNA CUESTIÓN FUNDAMENTAL: EL DEBER DE CELEBRAR CONSULTAS	36 - 57	12
A. Los fundamentos normativos y el carácter general del deber de celebrar consultas	38 - 42	13
B. Situaciones en que se aplica el deber de celebrar consultas	43 - 45	16
C. La exigencia de que las consultas se celebren de buena fe, con la finalidad de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento	46 - 49	17
D. Elementos de fomento de la confianza que dan lugar al consenso	50 - 53	19
E. El deber de celebrar consultas y la responsabilidad de la empresa privada	54 - 57	20
III. CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES	58 - 74	22

INTRODUCCIÓN

1. El Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas presenta el informe al Consejo de Derechos Humanos de conformidad con la resolución 6/12 del Consejo. El 28 de marzo de 2008 el Consejo de Derechos Humanos nombró al Sr. James Anaya, de los Estados Unidos de América, Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas. James Anaya asumió su mandato el 1º de mayo de 2008. El presente documento es el segundo informe anual del Relator Especial al Consejo de Derechos Humanos. En su primer informe anual (A/HRC/9/9), de 11 de agosto de 2008, el Relator Especial aportó algunas reflexiones sobre el marco normativo para el tratamiento de las preocupaciones de los pueblos indígenas y sobre la manera de hacer efectivas las normas de derechos humanos proclamadas en la Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas y en otros instrumentos internacionales pertinentes.

2. En la primera parte de su segundo informe anual el Relator Especial examina la aplicación de su mandato. A este respecto aporta una reflexión sobre su mandato en comparación con los de otros mecanismos e instituciones de las Naciones Unidas que se ocupan de las cuestiones indígenas, especialmente el Foro Permanente de las Naciones Unidas para las Cuestiones Indígenas y el Mecanismo de expertos sobre los derechos de los pueblos indígenas del Consejo de Derechos Humanos, y señala las esferas de posible cooperación. Examina luego el marco práctico de su labor, en comparación con la de esos mecanismos, incluido un resumen de las actividades realizadas en los cuatro últimos años en relación con cuatro esferas de trabajo principales, a saber, la promoción de las buenas prácticas, los estudios temáticos, los informes de países y las denuncias de violaciones de los derechos humanos. El Relator Especial dedica la segunda parte de su informe a analizar el deber de los Estados de celebrar consultas con los pueblos indígenas sobre cuestiones que los afectan, uno de los problemas esenciales que enfrenta en su labor relativa a los pueblos indígenas en diversos países, con lo que espera ofrecer una perspectiva sobre la forma en que los gobiernos, los pueblos indígenas, el sistema de las Naciones Unidas y otras partes interesadas pueden abordar esta cuestión esencial en el futuro.

3. El presente informe contiene además una serie de adiciones de informes y otros documentos públicos distribuidos por el Relator Especial durante el último año. La adición 1 contiene un resumen de las comunicaciones enviadas a los gobiernos y de las respuestas recibidas de ellos en relación con denuncias de violaciones de los derechos humanos, así como las observaciones del Relator Especial sobre esos casos. Las adiciones 2, 3 y 4 son informes sobre la situación de los pueblos indígenas en el Brasil, Nepal y Bostwana, tras las misiones realizadas del 14 al 25 de agosto, del 24 de noviembre al 2 de diciembre de 2008, y del 19 al 27 de marzo de 2009, respectivamente. La adición 5 es el informe del Relator Especial sobre las comunidades indígenas afectadas por la construcción de un proyecto hidroeléctrico en el río Changuinola en Panamá y las observaciones del Gobierno de Panamá en respuesta al informe. La adición 6 contiene el informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos en Chile tras la visita que hizo a ese país del 6 al 9 de abril de 2009 con el fin de evaluar el estado de la aplicación de las recomendaciones de su predecesor, Rodolfo Stavenhagen, e incluye en anexo un informe en que se describen las normas internacionales pertinentes para un proceso de consulta respecto de las reformas constitucionales relativas a los pueblos indígenas en ese país. La adición 7 es el documento final de una reunión celebrada en Madrid en febrero de 2009 para mejorar la coordinación entre los tres mecanismos

de las Naciones Unidas que tienen un mandato específico en relación con cuestiones indígenas: el Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas, el Foro Permanente de las Naciones Unidas para las Cuestiones Indígenas y el Mecanismo de expertos sobre los derechos de los pueblos indígenas del Consejo de Derechos Humanos. Finalmente, la adición 8 es el informe del examen que hizo el Relator Especial de las cuestiones de derechos humanos en el contexto de los enfrentamientos entre pueblos indígenas y la policía en Bagua (Perú).

4. El Relator Especial agradece el apoyo que le ha dado el personal de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. También desea manifestar su agradecimiento al personal del Programa de derecho y política de los pueblos indígenas de la Universidad de Arizona y a los investigadores vinculados al Programa por su constante ayuda en todos los aspectos de su labor. Además, el Relator Especial desea manifestar su reconocimiento y gratitud al Grupo Internacional de Trabajo sobre Asuntos Indígenas, el Grupo de Trabajo Intercultural Almáciga y la Agencia Española de Cooperación Internacional para el Desarrollo del Gobierno de España por el apoyo que prestaron al seminario internacional de expertos titulado "Implementación de los derechos de los pueblos indígenas: el papel de los mecanismos de las Naciones Unidas con un mandato específico sobre los derechos de los pueblos indígenas", celebrado en febrero de 2009, y por otras formas de apoyo. Finalmente, el Relator Especial desea manifestar su agradecimiento a los numerosos pueblos indígenas, gobiernos, órganos y organismos de las Naciones Unidas, organizaciones no gubernamentales (ONG) y otras entidades y personas que cooperaron con él durante el pasado año en el cumplimiento de su mandato.

5. El Relator Especial se complace en presentar al Consejo de Derechos Humanos el presente informe al ingresar en el segundo año de su mandato, esperando con optimismo un futuro mejor para los pueblos indígenas, alentado por la evolución positiva en muchos lugares, aunque preocupado por la realidad de las actuales luchas de los pueblos indígenas en todo el mundo y las violaciones de que son objeto. El Relator Especial reafirma su decidido compromiso con su papel de Relator Especial, reconoce con humildad la responsabilidad inherente a su cargo y manifiesta su agradecimiento a todos los que lo han apoyado y lo siguen apoyando.

I. CUMPLIMIENTO DEL MANDATO

A. Coordinación con otros mecanismos y organismos

6. Antes de pormenorizar sus propios ámbitos y métodos de trabajo, el Relator Especial desea aportar al Consejo de Derechos Humanos algunas reflexiones sobre su mandato en relación con los de otros mecanismos e instituciones de las Naciones Unidas que se ocupan de cuestiones indígenas, especialmente el Foro Permanente de las Naciones Unidas para las Cuestiones Indígenas y el Mecanismo de expertos sobre los derechos de los pueblos indígenas del Consejo de Derechos Humanos. La coordinación con estas y otras instituciones es un aspecto fundamental del mandato del Relator Especial, ya que el Consejo de Derechos Humanos, en el párrafo 1 d) de su resolución 6/12, le pide que: "trabaje en estrecha cooperación, procurando evitar las duplicaciones innecesarias, con otros procedimientos especiales y los órganos subsidiarios del Consejo de Derechos Humanos, los órganos pertinentes de las Naciones Unidas, los órganos de tratados y las organizaciones regionales de derechos humanos".

1. El Foro Permanente de las Naciones Unidas para las Cuestiones Indígenas y el Mecanismo de expertos sobre los derechos de los pueblos indígenas

7. Se pide específicamente al Relator Especial que: "trabaje en estrecha cooperación con el Foro Permanente para las Cuestiones Indígenas y participe en su período de sesiones anual" (resolución 6/12 del Consejo de Derechos Humanos, párr. 1 e)). Esta cooperación se extiende igualmente al Mecanismo de expertos que ha recibido el mandato del Consejo de Derechos Humanos de invitar al Relator Especial a su período de sesiones anual con miras a "aumentar la cooperación y evitar duplicar la labor" de los mecanismos respectivos (resolución 6/36 del Consejo de Derechos Humanos, párr. 5).

8. En el desempeño de su labor el Relator Especial ha constatado un elevado nivel de confusión entre los grupos indígenas, las ONG y otras partes interesadas en relación con los papeles y funciones respectivos de los tres mecanismos, así como con su lugar en la estructura institucional de las Naciones Unidas. Proporcionar formación continua acerca de los mandatos y funciones de cada uno de esos mecanismos es esencial. El Foro Permanente de las Naciones Unidas para las Cuestiones Indígenas fue establecido en 2000 como órgano asesor del Consejo Económico y Social con el mandato de prestar especial atención a las cuestiones indígenas en las esferas del desarrollo económico y social, la cultura, el medio ambiente, la educación, la salud y los derechos humanos¹. El Foro Permanente de las Naciones Unidas para las Cuestiones Indígenas está integrado por 16 expertos y se reúne una vez al año durante dos semanas en Nueva York. El Mecanismo de expertos sobre los derechos de los pueblos indígenas, que celebró su primer período de sesiones anual en octubre de 2008, está integrado por cinco expertos encargados de proporcionar al Consejo de Derechos Humanos conocimientos temáticos especializados sobre los derechos de los pueblos indígenas, centrados principalmente en estudios y asesoramiento basado en la investigación (resolución 6/36 del Consejo de Derechos Humanos, párr. 1 a)). Este año el Consejo de Derechos Humanos ha pedido al Mecanismo de expertos que prepare un estudio sobre la experiencia adquirida y las dificultades con que se tropieza para la plena aplicación del derecho de los pueblos indígenas a la educación (resolución 9/7 del Consejo de Derechos Humanos), que ya se ha concluido.

9. Los tres mecanismos de las Naciones Unidas que tienen un mandato respecto de las cuestiones indígenas no fueron necesariamente creados con una finalidad complementaria, sino que se establecieron de manera independiente en respuesta a contextos históricos y políticos diferentes y a las demandas del movimiento de los pueblos indígenas. En consecuencia, los mandatos de esos tres mecanismos se superponen en cierta medida y, en la práctica, muchas de las actividades realizadas por los titulares de los mandatos respectivos podrían estructurarse más eficazmente en relación con las de los demás mecanismos.

10. Los días 4 a 6 de febrero de 2009 el Relator Especial participó en un seminario celebrado en Madrid al que asistieron los miembros del Mecanismo de expertos y cuatro miembros del Foro Permanente, así como un grupo de expertos procedentes de varias regiones, entre ellos el anterior Relator Especial, Rodolfo Stavenhagen. El principal objetivo de la reunión era promover un diálogo oficioso entre los miembros de los tres mecanismos a fin de coordinar mejor su labor y sus actividades con otros organismos y órganos de las Naciones Unidas.

¹ Resolución 2000/22 del Consejo Económico y Social.

Durante la reunión los expertos examinaron métodos para racionalizar la labor de los tres mecanismos examinando la esfera o las esferas de trabajo prioritarias de sus respectivos mandatos y determinando formas en que pudieran optimizarse los aspectos de cada mandato.

11. Por ejemplo, a diferencia del Mecanismo de expertos y del Foro Permanente, el Relator Especial tiene un mandato claro para investigar situaciones específicas de derechos humanos de los pueblos indígenas y hacer recomendaciones al respecto. No obstante, como se señaló durante la reunión de expertos, siguiendo una pauta similar a la utilizada en el ahora inactivo Grupo de Trabajo sobre Pueblos Indígenas, numerosos grupos indígenas asisten a los períodos de sesiones anuales del Foro Permanente y del Mecanismo de expertos con la intención de presentar denuncias sobre situaciones específicas de violaciones de los derechos humanos, pese a que dichos organismos no tienen un mandato específico a ese respecto ni cuentan en la actualidad con un mecanismo de procedimiento para adoptar medidas en relación con esas denuncias.

12. Teniendo en cuenta las expectativas reconocidas de los pueblos indígenas de que se escuchen esas preocupaciones específicas, el Relator Especial y los miembros del Foro Permanente y del Mecanismo de expertos recomendaron en el informe sobre la reunión de Madrid que el Relator Especial elaborara metodologías para recibir denuncias de violaciones de derechos humanos y, según se requiriera, entablar un diálogo directo entre los gobiernos y los pueblos indígenas durante la participación del Relator en los períodos de sesiones anuales del Foro Permanente y del Mecanismo de expertos. A este respecto, el año pasado el Relator Especial asistió a los períodos de sesiones anuales de esos mecanismos y comenzó a elaborar métodos para recibir comunicaciones en coordinación con esos mecanismos a fin de lograr la mayor participación posible de los grupos indígenas, sus organizaciones y las ONG en esos períodos de sesiones. El Relator Especial sigue perfeccionando y materializando esos procedimientos.

13. Además, conviene señalar que, dado que el mandato del Mecanismo de expertos está principalmente centrado en estudios y basado en la investigación, el Relator Especial considera que su papel fundamental a este respecto es proporcionar observaciones sobre las cuestiones esenciales que se han planteado durante su labor al evaluar países determinados y examinar situaciones concretas de denuncias de violaciones de los derechos humanos. La mayoría de esas observaciones tendrán una orientación práctica y determinarán las mejores prácticas, cuando existan. El Relator Especial también hará aportaciones al Foro Permanente y al Mecanismo de expertos sobre la base de esa labor.

14. Si bien el Foro Permanente, el Mecanismo de expertos y el Relator Especial tienen funciones diferentes, los une un propósito común, el adelanto de los derechos humanos de los pueblos indígenas de todo el mundo. Es evidente que un punto de referencia importante para este propósito común es la Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas. En el artículo 42 de la Declaración la Asamblea General insta a que se promueva "el respeto y la plena aplicación de las disposiciones de la presente Declaración". Al comenzar su segundo mandato el Relator Especial está resuelto a seguir colaborando con esos dos mecanismos.

2. Coordinación con organismos de las Naciones Unidas y con órganos regionales y de otra índole

15. El Relator Especial también ha venido colaborando activamente con la Secretaría y algunos organismos de las Naciones Unidas con respecto a cuestiones indígenas. Participó en dos seminarios regionales en América Latina relativos a la Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas, uno en Lima (Perú), celebrado los días 6 y 8 de octubre de 2008, y otro en Montelimar (Nicaragua), los días 10 a 13 de junio de 2009, organizados por la Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos que, a nivel regional y mediante sus servicios educativos, de reunión de información y de asesoramiento, promueve la aplicación de los derechos y las obligaciones correspondientes de los Estados, expresados en la Declaración. En los seminarios el Relator Especial explicó el contenido y los medios de aplicación de la Declaración, en particular en lo que respecta a la región de América Latina. La Declaración fue también el tema de una exposición del Relator Especial ante representantes de varios organismos de las Naciones Unidas en un seminario organizado por el Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo celebrado en Nueva York el día 20 de mayo de 2009, en la que hizo hincapié en la función de los organismos y programas de las Naciones Unidas en la aplicación de la Declaración. El día siguiente, el Relator Especial se reunió en Nueva York con miembros del Departamento de Asuntos Políticos de las Naciones Unidas para intercambiar opiniones sobre las cuestiones indígenas en el contexto de las principales tendencias políticas y económicas.

16. En el plano regional, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y la Corte Interamericana de Derechos Humanos han desempeñado un papel pionero en el desarrollo de un acervo diferenciado de jurisprudencia en relación con los derechos de los pueblos indígenas del continente americano, con un importante efecto normativo en otras regiones. El 25 de octubre de 2008 el Relator Especial participó en un seminario de expertos sobre los derechos territoriales de los indígenas y el principio del consentimiento libre, previo e informado, celebrado en Washington, D.C. con el patrocinio de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos; el Relator Especial ha intercambiado información con esa Comisión, con respecto a varios casos. El Relator Especial también ha confirmado su voluntad de colaborar con el Grupo de Trabajo sobre Comunidades/Poblaciones Indígenas de la Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos y espera con interés estudiar medios concretos de potenciar la colaboración con la Comisión en el futuro.

17. El Relator Especial también ha colaborado con el Banco Mundial, y el 3 de junio de 2008 fue el orador principal en un seminario sobre "Promoción de los derechos y el desarrollo de los indígenas en América Latina y el Caribe", celebrado en Washington, D.C., en el que destacó el papel que puede desempeñar el Banco Mundial en relación con varios problemas e iniciativas relativos a los pueblos indígenas. El Relator Especial sigue en contacto con representantes del Banco Mundial para examinar formas de seguir colaborando.

B. Esferas de trabajo

18. El Relator Especial ha participado en diversas actividades comprendidas en su mandato de vigilar las condiciones de los derechos humanos de los pueblos indígenas en todo el mundo y promover medidas para mejorarlas. Ha procurado incorporar la perspectiva de género y prestar atención especial a las vulnerabilidades particulares de los niños indígenas. En general, el

Relator Especial ha tratado de desarrollar métodos de trabajo orientados al diálogo constructivo con los gobiernos, los pueblos indígenas, las ONG, los organismos pertinentes de las Naciones Unidas y otros actores, a fin de tratar de resolver cuestiones y situaciones difíciles y consolidar los progresos ya conseguidos. Cabe afirmar que las diversas actividades que ha realizado en ese espíritu están comprendidas en el ámbito de cuatro esferas de actividad relacionadas entre sí, a saber: la promoción de las buenas prácticas, los estudios temáticos, los informes de países y las denuncias de violaciones de los derechos humanos.

1. Promoción de las buenas prácticas

19. La primera esfera de trabajo del Relator Especial se desprende de la directiva del Consejo de Derechos Humanos de "individualizar... y promover prácticas óptimas" (resolución 6/12 del Consejo de Derechos Humanos, párr. 1 a)). El Relator Especial ha centrado su atención en la labor de promoción de reformas jurídicas, administrativas y programáticas en el plano nacional para aplicar las normas de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas y otros instrumentos internacionales importantes. Una reforma de este tipo es una labor considerable y, dadas las complejidades de todo tipo que entraña, requiere de los gobiernos un compromiso firme, tanto financiero como político.

20. En el desempeño de su labor el Relator Especial ha recibido solicitudes para que, en el marco de iniciativas de reforma constitucional y legislativa, preste asistencia proporcionando orientación sobre la manera de armonizar esas iniciativas con las normas internacionales pertinentes. Como se informó al Consejo de Derechos Humanos el año pasado, poco después de que el Relator Especial asumió su mandato en mayo de 2008, diversas organizaciones indígenas y el Presidente de la Asamblea Constituyente del Ecuador le pidieron asistencia técnica en relación con el proceso de reforma constitucional. La nueva Constitución del Ecuador, aprobada por referendo en septiembre de 2008, contiene importantes disposiciones en que se afirman los derechos colectivos de los indígenas. El Relator Especial sigue vigilando la aplicación de esas reformas y la legislación subsiguiente en el Ecuador.

21. El Relator Especial también ha promovido las buenas prácticas alentando las medidas positivas adoptadas por los Estados. En diciembre de 2008 el Relator Especial fue invitado a asistir a una ceremonia en Awas Tingni (Nicaragua), durante la cual el Gobierno entregó a esa comunidad indígena el tan esperado título de propiedad de sus tierras ancestrales, como lo había exigido el fallo de 2001 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. En un comunicado de prensa posterior a la entrega del título el Relator Especial encomió al Gobierno de Nicaragua por adoptar medidas positivas para aplicar el fallo. El Relator Especial seguirá vigilando los progresos de los esfuerzos encaminados a garantizar que las terceras partes respeten en la práctica los derechos de los awas tingni a las tierras de su propiedad y a tratar de resolver las reclamaciones de otras comunidades indígenas relativas a la tierra y a cuestiones conexas.

22. Asimismo, en abril de 2009 el Relator Especial fue invitado a Chile para que evaluara la situación de los pueblos indígenas como seguimiento de la visita hecha al país en 2003 por su predecesor. Si bien persisten muchos de los problemas de los pueblos indígenas en Chile, el Gobierno adoptó el año pasado importantes medidas para promover la protección de esos derechos, entre ellas la ratificación, en septiembre de 2008, del Convenio N° 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) sobre los pueblos indígenas y tribales en países independientes (1989), y el compromiso de promulgar reformas constitucionales para reconocer

y promover los derechos de los indígenas. Teniendo presente el proceso de reforma constitucional, el Relator Especial elaboró un informe que presentó al Gobierno, y que posteriormente se publicó, en el que se describen y analizan los diversos elementos aplicables del derecho de consulta y se presentan ejemplos de mecanismos de consulta utilizados en otros países. El Gobierno ha iniciado consultas con los grupos indígenas de Chile en relación con el proceso de reforma constitucional, y el Relator Especial sigue vigilando el progreso de las consultas.

23. El Relator Especial participó en un seminario sobre derechos indígenas celebrado en Yakarta los días 16 y 17 de marzo de 2009 con el patrocinio de la Comisión Nacional de Derechos Humanos de Indonesia (KOMNAS HAM) y la Alianza de los Pueblos Indígenas del Archipiélago (AMAN - Aliansi Masyarakat Adat Nusantara). En el seminario KOMNAS HAM y AMAN anunciaron un acuerdo para la realización de un programa conjunto de tratamiento de las cuestiones indígenas, lo que constituye un buen ejemplo de coordinación entre una comisión independiente de derechos humanos de un Estado y una organización indígena importante.

24. Los días 27 a 31 de octubre de 2008 el Relator Especial, junto con representantes same de todo el territorio same en los países nórdicos y Rusia, representantes gubernamentales y otras personas, asistió a la 19ª Conferencia Same, celebrada en Rovaniemi (Finlandia). En la conferencia el Relator Especial pudo reunirse con el Consejo Same y con los parlamentos same de los países nórdicos para examinar cómo fortalecer las disposiciones institucionales de protección de los derechos de los same. Los parlamentos same se han convertido en un medio cada vez más eficaz para que el pueblo same aumente el control de los asuntos que afectan su vida y sus comunidades.

25. Un componente importante de los esfuerzos por crear buenas prácticas en el plano nacional es la política de compromiso con la promoción de los derechos de los pueblos indígenas de conformidad con la Declaración. Este año Australia, uno de los cuatro Estados que había votado en contra de la Declaración, la apoyó en forma pública y, en una declaración que recibió amplia difusión, se comprometió a aplicar plenamente sus normas. Esta evolución positiva de política de Australia relativa a los pueblos indígenas fue señalada por el Relator Especial en un comunicado de prensa distribuido conjuntamente con los Presidentes del Mecanismo de expertos y del Foro Permanente en abril de 2009. Asimismo, Colombia, que se había abstenido en la votación sobre la Declaración, envió una carta al Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos el 20 de abril de 2009 en la que expresaba su apoyo a la Declaración y a los principios contenidos en ella y hacía suyos los conceptos de igualdad, respeto por la diversidad y no discriminación que constituyen el fundamento de la Declaración².

26. El Relator Especial seguirá promoviendo en su labor futura los hechos positivos, y reitera su voluntad de ofrecer asistencia técnica y asesoramiento constructivos a los gobiernos, las empresas, los pueblos indígenas y otras partes interesadas, según se requiera, en sus esfuerzos por adoptar iniciativas y reformas jurídicas, administrativas y programáticas en cuestiones indígenas. La labor del Relator Especial en este sentido estará orientada hacia la práctica y encaminada a identificar y promover modelos que puedan aplicarse en contextos diversos.

² Carta del Viceministro de Relaciones Multilaterales al Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos.

En sus próximos informes anuales al Consejo de Derechos Humanos y en otros informes públicos, el Relator Especial se propone presentar en detalle los modelos que hayan dado resultado en diversos contextos.

2. Estudios temáticos

27. La segunda esfera de trabajo del Relator Especial, que tiene por objeto contribuir a las buenas prácticas en situaciones nacionales determinadas, entraña la realización de estudios sobre cuestiones o temas de interés para los pueblos indígenas en los diversos países y regiones del mundo o la participación en dichos estudios. El anterior Relator Especial hizo varios estudios temáticos para determinar las cuestiones principales y sentar las bases de medidas prácticas y reformas positivas consiguientes, en particular con respecto a las repercusiones de los proyectos de desarrollo en las comunidades indígenas; la aplicación de las leyes nacionales y las normas internacionales para proteger los derechos de los indígenas; los pueblos indígenas y el sistema educativo; la relación entre el derecho público y el derecho consuetudinario indígena; y las normas internacionales relativas a los pueblos indígenas. No obstante, como se señaló anteriormente, teniendo en cuenta el establecimiento del Mecanismo de expertos con el mandato de aportar recomendaciones y conocimientos temáticos especializados al Consejo de Derechos Humanos sobre cuestiones que afectan a los pueblos indígenas, el Relator Especial considera ahora que la tarea de hacer estudios temáticos es secundaria en relación con sus demás esferas de trabajo. Su labor será en su mayor parte complementaria de la del Mecanismo de expertos, al que prestará su apoyo. A este respecto, sobre la base de su experiencia como Relator Especial, a comienzos del presente año aportó información al Mecanismo de expertos para el estudio que realiza actualmente sobre el derecho de los pueblos indígenas a la educación.

28. Además de esas aportaciones, en aras de una mayor comprensión de las dificultades específicas que enfrentan las mujeres indígenas, el Relator Especial, junto con la Relatora Especial sobre la violencia contra la mujer, sus causas y consecuencias, Yakin Ertürk, participó en la consulta regional sobre "La violencia contra las indígenas en Asia y el Pacífico". La consulta regional, organizada por el Foro de Asia y el Pacífico sobre la mujer, el derecho y el desarrollo y Mahila Sarvangeen Utkarsha Mandal, precedió a la Consulta Nacional sobre la Mujer Indígena en la India, que tuvo lugar en Nueva Delhi los días 14 a 18 de octubre de 2008. Los participantes en las consultas, muchos de ellos mujeres indígenas de la región, identificaron problemas esenciales recurrentes que contribuían a la violencia, como los actos discriminatorios cometidos contra las mujeres indígenas en las esferas temáticas siguientes: mundialización económica; militarización y conflicto armado; y cultura, tradición y religión y sus consecuencias intersectoriales en la vida de las mujeres indígenas. El diálogo con los dos Relatores Especiales estuvo encaminado a determinar estrategias y mecanismos eficaces para enfrentar las múltiples formas de violencia contra la mujer indígena en los planos nacional, regional e internacional, y a extraer enseñanzas de las buenas prácticas.

29. Además, el Relator Especial colabora con ONG y expertos indígenas en dos iniciativas relacionadas con dos esferas temáticas de interés recurrente para los pueblos indígenas. La primera de ellas es un seminario organizado por las ONG Khredda y Centro UNESCO de Catalunya (UNESCOCAT) que se hará en octubre del presente año y tratará de mecanismos de solución de conflictos relacionados con las industrias de extracción de recursos que operan o se proponen operar en territorios indígenas. Este seminario y el informe resultante responden a la recomendación formulada el año anterior por el Foro Permanente de que el Relator Especial

realizara un estudio sobre las empresas transnacionales, y su propósito es complementar la labor propia del Foro Permanente en la materia. La segunda iniciativa es un estudio polifacético sobre pluralismo jurídico y derecho consuetudinario indígena, que se hará en colaboración con el Consejo Internacional de Políticas de Derechos Humanos y la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. Es probable que este estudio comience a principios del próximo año con un taller en la Universidad de Arizona (Estados Unidos).

3. Informes de países

30. La tercera esfera de trabajo del Relator Especial implica la investigación y la presentación de informes sobre la situación general de los derechos humanos de los indígenas en países determinados. Los informes sobre las situaciones en los países incluyen conclusiones y recomendaciones encaminadas a fortalecer las buenas prácticas, determinar las esferas que son motivo de preocupación y mejorar las condiciones de los pueblos indígenas en materia de derechos humanos. El proceso de presentación de informes suele incluir una visita a los países objeto de examen, en particular la capital y lugares seleccionados por la preocupación que suscitan, durante la cual el Relator Especial dialoga con representantes del gobierno, las comunidades indígenas de diferentes regiones y actores de diversos sectores de la sociedad civil que trabajan en cuestiones pertinentes para los pueblos indígenas. De conformidad con el Código de conducta para los titulares de mandatos de los procedimientos especiales, esas visitas solo tendrán lugar con el consentimiento y la colaboración del gobierno de que se trate.

31. El año pasado el Relator Especial visitó el Brasil, Nepal, Botswana y Australia con el fin de informar sobre esos países, y realizó visitas de seguimiento a Chile y Colombia para evaluar su progreso en la aplicación de las recomendaciones formuladas en los informes de su predecesor. Además, el Relator Especial ha recibido indicios positivos de los Gobiernos de la República del Congo y la Federación de Rusia en relación con visitas futuras, y espera las respuestas a sus solicitudes de visitar la India e Indonesia que, según espera, serán consideradas favorablemente en un futuro cercano.

4. Denuncias de violaciones de los derechos humanos

32. Por último, la cuarta y quizá principal esfera de trabajo del Relator Especial implica responder en forma permanente a denuncias específicas de violaciones de los derechos humanos. Un aspecto fundamental del mandato del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas, reafirmado en la resolución 6/12 del Consejo de Derechos Humanos, es la de reunir, solicitar, recibir e intercambiar "información y comunicaciones de todas las fuentes pertinentes, incluidos los gobiernos, los indígenas y sus comunidades y organizaciones, sobre las violaciones denunciadas de sus derechos humanos y libertades fundamentales" (párr. 1 b)). El Relator Especial ha hecho hincapié en su mandato de entablar "un diálogo de cooperación sistemático con todos los actores pertinentes" (párr. 1 f)) formulando estrategias de largo plazo para la labor que realiza.

33. La capacidad del Relator Especial para tratar situaciones específicas de denuncias de violaciones depende en gran medida de la información que le suministran los pueblos indígenas y sus organizaciones, las ONG y otras fuentes. El año pasado el Relator Especial recibió información relativa a denuncias de violaciones de los derechos humanos de todos los continentes y, en respuesta a esas denuncias, ha enviado numerosas comunicaciones a gobiernos

relativas a esas situaciones. Esos casos tenían que ver, en particular, con violaciones del derecho al consentimiento libre, previo e informado, especialmente en relación con la extracción de recursos naturales y el desplazamiento o el desalojo de comunidades indígenas; la denegación de los derechos de los pueblos indígenas a las tierras y los recursos; la situación de los pueblos indígenas en aislamiento voluntario; los incidentes de amenazas o actos de violencia contra pueblos y personas indígenas, entre ellos los defensores de los derechos indígenas; y la preocupación por las reformas constitucionales o legislativas relativas a temáticas indígenas. En el informe sobre las comunicaciones, en la adición 1 del presente informe, puede encontrarse un resumen completo de las comunicaciones enviadas, las respuestas recibidas de los gobiernos y las observaciones del Relator Especial.

34. Habida cuenta de los limitados recursos disponibles, el Relator Especial no está en condiciones de responder a todos los casos que se someten a su consideración. No obstante, en general hace todo lo posible para adoptar medidas sobre la base de la información detallada y creíble disponible sobre una situación grave comprendida dentro de su mandato respecto de la cual cabe razonablemente esperar que su intervención tenga repercusiones positivas, al lograr que se preste la atención necesaria a la situación o que las autoridades gubernamentales y otros actores adopten medidas correctivas. El Relator Especial puede adoptar medidas cuando la situación representa o está relacionada con un patrón más amplio de violación de los derechos humanos de los pueblos indígenas. El Relator Especial ha procurado responder debidamente a denuncias de violaciones de los derechos humanos provenientes de muy diversos países y regiones.

35. La primera medida que suele adoptar con respecto a la información es escribir una carta al gobierno de que se trate, que incluye una solicitud de respuesta del gobierno. En algunos casos el Relator Especial ha hecho declaraciones públicas en las que destaca las violaciones de los derechos humanos denunciadas o expresa su preocupación al respecto. Si las circunstancias lo justifican y el gobierno interesado lo acepta, el Relator Especial puede hacer una visita al país para examinar una situación determinada, como fue el caso de sus visitas a Panamá y el Perú. Además, como ha hecho en relación con las situaciones examinadas en esos dos países y espera hacer en casos futuros, puede publicar observaciones detalladas con análisis y recomendaciones presentados con la esperanza de que sirvan al gobierno y los pueblos indígenas interesados en sus esfuerzos por solucionar los problemas planteados. El Relator Especial se propone evitar el enfoque de "puerta giratoria" que consiste en limitarse a enviar una comunicación al gobierno interesado y recibir una respuesta de su parte, y, en lugar de ello, procurar entablar un diálogo activo con los Estados, los pueblos indígenas y otros actores con el fin de vigilar de cerca y evaluar las situaciones, determinar las causas básicas de los problemas inmediatos, promover medidas concretas que se basen en los progresos ya conseguidos y formular recomendaciones que sean prácticas, bien fundadas en los conocimientos disponibles y acordes con las normas pertinentes de derechos humanos.

II. UNA CUESTIÓN FUNDAMENTAL: EL DEBER DE CELEBRAR CONSULTAS

36. El Relator Especial ha procurado identificar patrones comunes de los problemas que afectan a los pueblos indígenas de todo el mundo y elaborar medidas para enfrentar directamente esos problemas. Ha observado con frecuencia y en situaciones muy diversas que los Estados no cumplen debidamente su deber de consultar a los pueblos indígenas acerca de las decisiones que los afectan, y que los gobiernos y otras partes interesadas necesitan orientación acerca de las medidas necesarias para cumplir ese deber. El Relator Especial ha observado que, sin la adhesión de los pueblos indígenas, conseguida mediante consultas en las primeras etapas de la elaboración de las iniciativas gubernamentales, la eficacia de los programas gubernamentales, incluso los que se proponen beneficiar específicamente a los pueblos indígenas, puede verse menoscabada desde el comienzo. Al parecer la falta de una consulta apropiada lleva siempre a situaciones conflictivas en que los indígenas manifiestan su cólera y su desconfianza y que, en algunos casos, han degenerado en actos de violencia.

37. No existe una fórmula específica para consultar a los pueblos indígenas aplicable a todos los países en todas las circunstancias. A este respecto, el artículo 34 del Convenio N° 169 de la OIT afirma que: "la naturaleza y el alcance de las medidas que se adopten para dar efecto al presente Convenio deberán determinarse con flexibilidad, teniendo en cuenta las condiciones propias de cada país". Si bien las implicaciones del deber de celebrar consultas son numerosas y variadas, el Relator Especial se ha referido durante el último año a cuestiones relacionadas con las consultas principalmente en dos contextos: el de las reformas constitucionales y legislativas relativas a temáticas indígenas y el de las iniciativas de desarrollo y extracción de recursos naturales y, en algunos casos, de esfuerzos de reubicación conexos que afectan a pueblos indígenas. El Relator Especial dedicará el resto del informe a reflexionar sobre algunos aspectos del deber de celebrar consultas y de su aplicación pertinentes a problemas que ha enfrentado, con lo que espera aportar aclaraciones y orientaciones útiles.

A. Los fundamentos normativos y el carácter general del deber de celebrar consultas

38. Cabe hacer hincapié en que el deber de los Estados de celebrar consultas con los pueblos indígenas sobre decisiones que los afecten se expresa de manera destacada en la Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas y está firmemente arraigado en las normas internacionales de derechos humanos. Este deber se menciona a lo largo de la Declaración con respecto a preocupaciones específicas (arts. 10, 11, 15, 17, 19, 28, 29, 30, 32, 36 y 38), y se afirma como principio general en el artículo 19, en el que se dispone que: "los Estados celebrarán consultas y cooperarán de buena fe con los pueblos indígenas interesados por medio de sus instituciones representativas antes de adoptar y aplicar medidas legislativas o administrativas que los afecten, a fin de obtener su consentimiento libre, previo e informado".

39. Al igual que la Declaración, el Convenio N° 169 de la OIT exige a los Estados celebrar consultas de buena fe con los pueblos indígenas con la finalidad de llegar a un acuerdo o lograr su consentimiento sobre los aspectos de los planes o proyectos de gestión que los afecten, e insta a los Estados a que celebren consultas con las comunidades indígenas en relación con contextos

diversos (arts. 6, párrs. 1 y 2; 15, párr. 2; 17, párr. 2; 22, párr. 3; 27, párr. 3; y 28). De hecho, un comité tripartito del Consejo de Administración de la OIT afirmó que: "el espíritu de consulta y participación constituye la piedra angular del Convenio N° 169 en la que se fundamentan todas las disposiciones del mismo"³. Con respecto al deber de celebrar consultas, la jurisprudencia de la OIT permite deducir algunas de sus características, a las que se hará referencia más adelante.

40. El deber de los Estados de celebrar consultas efectivas con los pueblos indígenas se funda igualmente en los tratados esenciales de derechos humanos de las Naciones Unidas, en particular la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial⁴ y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Recientemente el Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial, que vigila el cumplimiento de la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial, instó a numerosos gobiernos a que celebraran consultas con los pueblos indígenas sobre cuestiones que afectaban los derechos e intereses de esos pueblos, concretamente en sus observaciones finales sobre el Canadá⁵, Indonesia⁶, Nueva Zelandia⁷, la República Democrática del Congo⁸, los Estados Unidos de América⁹, el Ecuador¹⁰, Suecia¹¹ y Namibia¹²; y también en su examen de situaciones concretas sujetas a sus medidas de alerta temprana y procedimientos de urgencia,

³ Informe del Comité establecido para examinar la reclamación en la que se alega el incumplimiento por el Ecuador del Convenio sobre pueblos indígenas y tribales, 1989 (N° 169), presentada en virtud del artículo 24 de la Constitución de la OIT por la Confederación Ecuatoriana de Organizaciones Sindicales Libres (CEOSL), párr. 31.

⁴ Se exhorta a los Estados a que: "garanticen que los miembros de los pueblos indígenas gocen de derechos iguales con respecto a su participación efectiva en la vida pública y que no se adopte decisión alguna directamente relacionada con sus derechos e intereses sin su consentimiento informado". Recomendación general N° 23 (1997) relativa a los derechos de los pueblos indígenas, (CERD/C/51/Misc.13/Rev.4), art. 4, párr. d).

⁵ CERD/C/CAN/CO/18, párrs. 15 y 25.

⁶ CERD/C/IDN/CO/3, párr. 17.

⁷ CERD/C/NZL/CO/17, párr. 20.

⁸ CERD/C/COD/CO/15, párr. 18.

⁹ CERD/C/USA/CO/6, párr. 29.

¹⁰ CERD/C/ECU/CO/19, párr. 16.

¹¹ CERD/C/SWE/CO/18, párr. 19.

¹² CERD/C/NAM/CO/12, párr. 18.

entre ellas las relativas a Belice¹³, el Brasil¹⁴, Chile¹⁵, Panamá¹⁶ y el Perú¹⁷. Asimismo, el Comité de Derechos Humanos se ha referido al deber de celebrar consultas en varios de sus informes a los gobiernos sobre su cumplimiento del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y, más recientemente, en sus observaciones finales sobre Chile¹⁸, Costa Rica¹⁹, Panamá²⁰, Bostwana²¹ y Nicaragua²². Además, el deber de celebrar consultas dimana de las obligaciones contraídas por los Estados en virtud de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, según afirmó la Corte Interamericana de Derechos Humanos²³.

41. Este deber es un corolario de un gran número de derechos humanos aceptados universalmente, entre ellos el derecho a la integridad cultural, el derecho a la igualdad y el derecho a la propiedad, como se indica en las declaraciones y decisiones citadas del Comité de Derechos Humanos, el Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial y la Corte Interamericana de Derechos Humanos, respectivamente. De manera más fundamental, ese deber deriva del derecho primordial de los pueblos indígenas a la libre determinación y de los principios conexos de democracia y soberanía popular. En el artículo 3 de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas se afirma que: "los pueblos indígenas tienen derecho a la libre determinación. En virtud de ese derecho determinan libremente su condición política y persiguen libremente su desarrollo económico, social y cultural". Esta afirmación responde a las aspiraciones de los pueblos indígenas de todo el mundo de determinar su propio destino en condiciones de igualdad y de participar efectivamente en el proceso de adopción de decisiones que los afecten. El derecho a la libre determinación es un

¹³ Carta de fecha 7 de marzo de 2008, que puede consultarse en: http://www2.ohchr.org/english/bodies/cerd/docs/early_warning/Belize070308.pdf.

¹⁴ Carta de fecha 7 de marzo de 2008, que puede consultarse en: http://www2.ohchr.org/english/bodies/cerd/docs/early_warning/Brazil070308.pdf.

¹⁵ Carta de fecha 24 de agosto de 2007, que puede consultarse en: http://www2.ohchr.org/english/bodies/cerd/docs/chile_letter.pdf.

¹⁶ Carta de fecha 15 de agosto de 2008, que puede consultarse en: http://www2.ohchr.org/english/bodies/cerd/docs/Panama_letter150808.pdf.

¹⁷ Carta de fecha 7 de marzo de 2008, que puede consultarse en: http://www2.ohchr.org/english/bodies/cerd/docs/early_warning/Peru070308.pdf.

¹⁸ CCPR/C/CHL/CO/5, párr. 19.

¹⁹ CCPR/C/CRI/CO/5, párr. 5.

²⁰ CCPR/C/PAN/CO/3, párr. 21.

²¹ CCPR/C/BWA/CO/1, párr. 24.

²² CCPR/C/NIC/CO/3, párr. 21.

²³ *Saramaka c. Suriname*, sentencia de 28 de noviembre de 2007, párrs. 133 y 134.

derecho fundamental, sin el cual no pueden ejercerse plenamente los derechos humanos de los pueblos indígenas, tanto los colectivos como los individuales. Los principios conexos de soberanía popular y democracia se oponen ambos al gobierno por imposición y respaldan el imperativo del gobierno por consentimiento. En consonancia con esos principios, el deber de los Estados de celebrar consultas con los pueblos indígenas en los procesos de decisiones que los afecten tiene por objeto poner fin al modelo histórico de exclusión del proceso de adopción de decisiones con el objeto de que en el futuro las decisiones importantes no se impongan a los pueblos indígenas y que estos puedan prosperar como comunidades distintas en las tierras en que, por su cultura, están arraigados.

42. En general las decisiones del Estado deben adoptarse mediante un proceso democrático en que los intereses del público estén debidamente representados. Los procedimientos para notificar al público en general y recibir sus observaciones refuerzan a menudo en forma apropiada los procesos democráticos representativos de adopción de decisiones del Estado. No obstante, cuando las decisiones del Estado afectan los intereses particulares de los pueblos indígenas, se requieren procedimientos especiales y diferenciados de consultas, procedimientos especiales que se justifican por la naturaleza de esos intereses particulares, que derivan del carácter distinto de los modelos e historias culturales de los pueblos indígenas, y porque los procesos democráticos y representativos corrientes no suelen bastar para atender a las preocupaciones particulares de los pueblos indígenas, que por lo general están marginados en la esfera política. El deber de los Estados de celebrar consultas con los pueblos indígenas, así como los diversos componentes normativos de dicho deber, se basan en el reconocimiento generalizado, como se manifiesta en la Declaración, de las características distintivas de los pueblos indígenas y de la necesidad de medidas especiales que permitan corregir sus condiciones desfavorecidas.

B. Situaciones en que se aplica el deber de celebrar consultas

43. Sería irrealista decir que el deber de los Estados de celebrar consultas directamente con los pueblos indígenas mediante procedimientos especiales y diferenciados se aplica literalmente, en el sentido más amplio, siempre que una decisión del Estado pueda afectarlos, ya que prácticamente toda decisión legislativa y administrativa que adopte un Estado puede afectar de una u otra manera a los pueblos indígenas del Estado, al igual que al resto de la población. En lugar de ello, una interpretación de los diversos artículos pertinentes de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas basada en el propósito de dichos artículos, teniendo en cuenta otros instrumentos internacionales y la jurisprudencia conexas, conduce a la siguiente conclusión sobre el ámbito de aplicación del deber de celebrar consultas: es aplicable siempre que una decisión del Estado pueda afectar a los pueblos indígenas en modos no percibidos por otros individuos de la sociedad. Una incidencia diferenciada de esa índole se presenta cuando la decisión se relaciona con los intereses o las condiciones específicos de determinados pueblos indígenas, incluso si la decisión tiene efectos más amplios, como es el caso de ciertas leyes. Por ejemplo, la legislación sobre el uso de la tierra o de los recursos puede tener efecto general pero, al mismo tiempo, puede afectar los intereses de los pueblos indígenas de modos especiales debido a sus modelos tradicionales de tenencia de la tierra o a modelos culturales conexos, lo que, en consecuencia, da lugar al deber de celebrar consultas.

44. El deber de celebrar consultas no está limitado a las circunstancias en que una medida propuesta pueda afectar o afecte en el futuro un derecho ya reconocido o derivado de un contrato. El Relator Especial observa con preocupación que algunos Estados, de hecho o de manera deliberada, han adoptado la posición de que las consultas directas con los pueblos indígenas en relación con la actividad de extracción de recursos naturales o con otros proyectos de repercusiones importantes sobre el medio ambiente, como las presas, solo se requieren cuando las tierras en que se realizan las actividades en cuestión han sido reconocidas como tierras indígenas por el derecho interno. Esta posición es infundada ya que, de la misma manera que ocurre con el derecho a la libre determinación y con los principios democráticos, y debido a las condiciones generalmente vulnerables de los pueblos indígenas, el deber de celebrar consultas con ellos se plantea siempre que estén en juego sus intereses particulares, incluso si dichos intereses no corresponden a un derecho a la tierra reconocido o a otros derechos contractuales. A este respecto, un comité tripartito del Consejo de Administración de la OIT afirmó explícitamente que: "la consulta prevista en el párrafo 2 del artículo 15, procede respecto de los recursos de propiedad del Estado que se encuentren en las tierras que los pueblos interesados ocupan o utilizan de alguna manera, tengan o no título de propiedad sobre los mismos"²⁴. Es posible imaginar fácilmente innumerables maneras en que los pueblos indígenas y sus intereses puedan verse afectados por proyectos de desarrollo o por iniciativas legislativas en casos en que carezcan del correspondiente derecho.

45. Las características específicas del proceso de consultas requerido por el deber de celebrar consultas variará necesariamente en función de la naturaleza de la medida propuesta y del alcance de su impacto sobre los pueblos indígenas. Las medidas de reforma constitucional o legislativa que interesan o afectan a todos los pueblos indígenas de un país requerirán mecanismos consultivos y representativos apropiados que estén de alguna manera abiertos a todos ellos y a su alcance. En cambio, las medidas que afecten a pueblos o comunidades indígenas particulares, como las iniciativas para la actividad de extracción de recursos naturales en sus territorios, requerirán procesos de consulta que garanticen la participación activa de los grupos particularmente afectados y presten atención especial a sus intereses.

C. La exigencia de que las consultas se celebren de buena fe, con la finalidad de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento

46. El carácter del procedimiento de consultas y su objeto también están determinados por la naturaleza del derecho o el interés que esté en juego para los pueblos indígenas de que se trate y por el efecto previsto de la medida propuesta. La Declaración dispone que, en general, las consultas con los pueblos indígenas deberán celebrarse "de buena fe... a fin de obtener su consentimiento libre, previo e informado" (art. 19). No debe considerarse que esta disposición de la Declaración confiere a los pueblos indígenas un "poder de veto" con respecto a las decisiones que los puedan afectar sino, más bien, que señala que el consentimiento es la finalidad de las consultas con los pueblos indígenas. A este respecto, el Convenio N° 169 de la OIT dispone que las consultas deberán celebrarse "con la finalidad de llegar a un acuerdo o lograr el

²⁴ Informe del Comité encargado de examinar la reclamación en la que se alega el incumplimiento por Guatemala del Convenio sobre pueblos indígenas y tribales, 1989 (N° 169), presentada en virtud del artículo 24 de la Constitución de la OIT por la Federación de Trabajadores del Campo y la Ciudad (FTCC), párr. 48.

consentimiento acerca de las medidas propuestas" (art. 6, párr. 2). Los términos un poco diferentes de la Declaración sugieren que se hace más hincapié en que las consultas sean negociaciones en procura de acuerdos mutuamente aceptables y se celebren antes de la adopción de las decisiones sobre las medidas propuestas, y no consultas con el carácter de mecanismos para proporcionar a los pueblos indígenas información sobre decisiones que ya se han adoptado o están en proceso de adoptarse, sin permitirles influir verdaderamente en el proceso de adopción de decisiones.

47. Necesariamente, la solidez o importancia de la finalidad de lograr el consentimiento varía según las circunstancias y los intereses indígenas que estén en juego. Un efecto directo y considerable en la vida o los territorios de los pueblos indígenas establece una presunción sólida de que la medida propuesta no deberá adoptarse sin el consentimiento de los pueblos indígenas. En determinados contextos, la presunción puede convertirse en una prohibición de la medida o el proyecto si no existe el consentimiento de los indígenas. La Declaración reconoce dos situaciones en que el Estado tiene la obligación de obtener el consentimiento de los pueblos indígenas interesados, fuera de la obligación general de que las consultas tengan por finalidad procurar el consentimiento. Esas situaciones incluyen el caso en que el proyecto dé lugar al traslado del grupo fuera de sus tierras tradicionales y los casos relacionados con el almacenamiento o vertimiento de desechos tóxicos en las tierras indígenas (arts. 10 y 29, párr. 2, respectivamente). De la misma manera, en un caso que afectaba al pueblo saramaka de Suriname, la Corte Interamericana de Derechos Humanos sostuvo que "cuando se trate de planes de desarrollo o de inversión a gran escala que tendrían un mayor impacto dentro del territorio saramaka, el Estado tiene la obligación, no sólo de consultar a los saramakas, sino también debe obtener el consentimiento libre, informado y previo de estos, según sus costumbres y tradiciones"²⁵.

48. En todos los casos en que una medida propuesta afecte los intereses particulares de los pueblos indígenas, la obtención de su consentimiento deberá ser, en cierta medida, una finalidad de las consultas. Como se ha afirmado, esta exigencia no confiere a los pueblos indígenas un "poder de veto" sino que, más bien, establece la necesidad de elaborar procedimientos de consulta con el fin de hacer todo lo posible por lograr el consenso de todas las partes interesadas. El Relator Especial lamenta que en muchas situaciones el debate sobre el deber de celebrar consultas y el principio conexo del consentimiento libre, previo e informado se haya planteado en torno a si los pueblos indígenas tienen o no un poder de veto que pueden esgrimir para detener los proyectos de desarrollo. El Relator Especial considera que plantear de esa manera el debate no se ajusta al espíritu ni al carácter de los principios de consulta y consentimiento según se han desarrollado en las normas internacionales de derechos humanos y se han incorporado en la Declaración.

49. Esos principios han sido concebidos para crear un diálogo en que los Estados y los pueblos indígenas puedan trabajar de buena fe con miras al logro del consenso y procuren seriamente llegar a un acuerdo satisfactorio. Como se subrayó anteriormente, el deber de los Estados de celebrar consultas con los pueblos indígenas y los principios conexos ha surgido para poner fin a modelos históricos de decisiones que se han impuesto a los pueblos indígenas y a condiciones de vida que han amenazado su supervivencia. Al mismo tiempo, los principios de consulta y

²⁵ *Saramaka c. Suriname*, párr. 134.

consentimiento no confieren a los pueblos indígenas un derecho a imponer unilateralmente su voluntad a los Estados que actúan legítimamente y de buena fe en bien del interés del público. Los principios de consulta y consentimiento están más bien encaminados a evitar que se imponga la voluntad de una parte sobre la otra y a que, en lugar de ello, se procure llegar a un entendimiento mutuo y adoptar decisiones por consenso.

D. Elementos de fomento de la confianza que dan lugar al consenso

50. Un esfuerzo de buena fe en pro de la adopción de decisiones por consenso implica para los Estados la necesidad de "desplegar esfuerzos para intentar generar consensos en cuanto a los procedimientos, de facilitar su acceso dándoles amplia difusión y de crear un clima de confianza con los pueblos indígenas que propicie un diálogo productivo"²⁶. La instauración de un clima de confianza es particularmente importante en relación con los pueblos indígenas "por la desconfianza hacia las instituciones del Estado y el sentimiento de marginación que encuentran sus raíces en realidades históricas sumamente antiguas y complejas, y que no terminan de superarse aún"²⁷. Como señaló un comité tripartito del Consejo de Administración de la OIT en un caso relativo al proceso de reforma constitucional en México, "el clima de enfrentamientos, violencia y desconfianza recíproca impidió que las consultas se llevaran a cabo de manera más productiva"²⁸. Además, por lo general los pueblos indígenas se encuentran en desventaja en cuanto a influencia política, recursos financieros, acceso a la información y educación pertinente con respecto a las instituciones estatales o las partes del sector privado, como las empresas, que son sus contrapartes en las consultas.

51. Para lograr un clima de confianza y respeto mutuo en las consultas, el procedimiento consultivo en sí debe ser resultado del consenso. El Relator Especial ha observado que, en muchos casos, los procedimientos de consulta no son efectivos ni gozan de la confianza de los pueblos indígenas porque estos no son incluidos debidamente en las deliberaciones que dan lugar a la definición y aplicación de los procedimientos de consulta. Además, los Estados deben tratar debidamente de superar el desequilibrio de poder, garantizando a los pueblos indígenas la asistencia financiera, técnica y de otro tipo que necesiten y haciéndolo sin utilizar dicha asistencia como palanca o para influir en las posiciones de los indígenas en las consultas.

52. El fomento de la confianza y la posibilidad de alcanzar un auténtico consenso también dependen de que en el proceso de consultas se respeten plenamente las propias instituciones representativas y de adopción de decisiones de los pueblos indígenas, como se exige

²⁶ Informe del Comité encargado de examinar la reclamación en la que se alega el incumplimiento por Guatemala del Convenio sobre pueblos indígenas y tribales, 1989 (Nº 169), presentada en virtud del artículo 24 de la Constitución de la OIT por la Federación de Trabajadores del Campo y la Ciudad (FTCC), GB.294/17/1; GB.299/6/1 (2005), párr. 53.

²⁷ Informe del Comité encargado de examinar la reclamación en la que se alega el incumplimiento por México del Convenio sobre pueblos indígenas y tribales, 1989 (Nº 169), presentada en virtud del artículo 24 de la Constitución de la OIT por el Frente Auténtico del Trabajo (FAT), párr. 107.

²⁸ *Ibid.*

explícitamente en la Declaración (art. 19) y en el Convenio N° 169 de la OIT (art. 6, párr. 1 a)). El Relator Especial observa que tal vez los pueblos indígenas también necesiten mejorar o revisar sus propias instituciones, mediante sus propios procedimientos de adopción de decisiones, con el fin de establecer estructuras representativas que faciliten el proceso de consulta. El Relator Especial ha observado que cuando los grupos indígenas no aclaran sus estructuras organizativas de representación pueden enredar y retrasar el proceso de consultas. A este respecto, puede ser útil tener presente que la Declaración insta a que las instituciones indígenas funcionen "de conformidad con las normas internacionales de derechos humanos" (art. 34) y pide que se preste particular atención a "los derechos y necesidades especiales de los ancianos, las mujeres, los jóvenes, los niños y las personas con discapacidad indígenas" (art. 22), incluida la eliminación de todas las formas de discriminación y violencia contra los niños y las mujeres indígenas.

53. En los casos relativos a explotación de recursos naturales o proyectos de desarrollo que afecten tierras indígenas, para que los pueblos indígenas interesados puedan adoptar decisiones libres e informadas sobre el proyecto en consideración es necesario que reciban información objetiva y completa sobre todos los aspectos del proyecto que los afecta, incluidas las repercusiones del proyecto sobre su vida y su entorno. A este respecto, es esencial que el Estado haga estudios sobre el impacto ambiental y social a fin de que se puedan conocer todas las consecuencias que cabe prever. Los grupos indígenas interesados deben conocer esos estudios de impacto en las primeras etapas de las consultas, tener tiempo suficiente para entender las conclusiones de los estudios y poder presentar sus observaciones y recibir información acerca de cualquier preocupación que planteen. Además, un proceso de consultas basado en el consenso en contextos de esa naturaleza no debe solamente tratar las medidas para mitigar o compensar los efectos perjudiciales del proyecto sino también explorar y encontrar medios de distribución equitativa de los beneficios en un espíritu de verdadera colaboración.

E. El deber de celebrar consultas y la responsabilidad de la empresa privada

54. Frecuentemente las cuestiones que deben consultarse surgen cuando los gobiernos otorgan concesiones a empresas privadas para extraer recursos naturales, construir presas o realizar otros proyectos de desarrollo en tierras indígenas o en sus inmediaciones. A este respecto, el propio Estado tiene la responsabilidad de realizar o garantizar que se realicen debidamente consultas, incluso cuando, en la práctica, es una empresa privada la que promueve o realiza las actividades que pueden afectar los derechos y las tierras de los pueblos indígenas. De conformidad con principios bien fundados de derecho internacional, el deber del Estado de proteger los derechos humanos de los pueblos indígenas, incluido su deber de celebrar consultas con los pueblos indígenas interesados antes de realizar las actividades que los afecten, no es un deber que pueda eludirse delegándolo a una empresa privada u otra entidad. Además, al igual que en otros contextos, las consultas sobre actividades de extracción o de otro tipo relacionadas con el desarrollo y que afecten a pueblos indígenas deben hacerse tan pronto como sea posible y en todas las etapas del proceso de adopción de decisiones y, en todo caso, antes de que se otorguen las concesiones a las empresas privadas.

55. El Relator Especial ha observado varios casos en que el Estado transfiere las obligaciones sobre las consultas a la empresa privada que interviene en un proyecto. Tal delegación a una empresa privada de las obligaciones del Estado en materia de derechos humanos, además de que no absuelve al Estado de la responsabilidad que le incumbe en última instancia, puede no ser

conveniente e incluso ser problemática, dado que los intereses de la empresa privada son en general fundamentalmente lucrativos y, por lo tanto, no pueden estar en plena consonancia con el interés público ni con el interés superior de los pueblos indígenas afectados. No obstante, ello no descarta la posibilidad de que se llegue a una convergencia sustancial de esos intereses que permita el consenso mediante negociaciones en que se superen los desequilibrios de poder.

56. Por su parte, las empresas privadas que promuevan actividades de extracción o de otro tipo relacionadas con el desarrollo o que participen en ellas deben procurar que sea política de su empresa ajustar siempre su conducta a las normas internacionales pertinentes en relación con los pueblos indígenas, en particular las relativas a las consultas. Si bien en términos estrictamente jurídicos, salvo en ciertas circunstancias, el derecho internacional no impone directamente a las empresas la responsabilidad de respetar los derechos humanos, de hecho cada vez más se evalúa a las empresas privadas según su acatamiento de las normas internacionales de derechos humanos. Es cada vez más generalizada la expectativa de que las empresas observen esas normas en sus respectivas esferas de influencia, expectativa que ha sido manifestada por la sociedad civil internacional, las instituciones internacionales de derechos humanos, los Estados y las propias empresas²⁹. Además, en situaciones en que las actividades de las empresas tendrán en el futuro un impacto importante sobre comunidades indígenas, suele ser poco conveniente que las empresas pasen por alto las normas internacionales pertinentes por razones prácticas. Como ha observado el Relator Especial en su trabajo, no actuar con arreglo a esas normas suele hacer a las empresas vulnerables a dificultades como la pérdida de tiempo y de recursos económicos y les impide lograr o mantener una imagen de responsabilidad social.

57. El Relator Especial ha observado que muchas empresas carecen de una comprensión apropiada de las normas internacionales de derechos humanos relativas a los pueblos indígenas aplicables en los países donde operan, y que muchas empresas no tienen un código de conducta que incorpore debidamente los principios de derechos humanos. Para que las empresas privadas observen realmente las normas de derechos humanos pertinentes en sus respectivas esferas de influencia es necesario que identifiquen, incorporen plenamente y apliquen efectivamente las normas relativas a los derechos de los pueblos indígenas en cada uno de los aspectos de su labor relacionados con los proyectos que emprendan. Además, como parte de la diligencia debida a la que están obligadas, todas las empresas privadas que operen en las inmediaciones de pueblos indígenas deben asegurarse de que, con su comportamiento, no contribuyan a ninguna actuación u omisión del Estado que pudiera infringir los derechos humanos de las comunidades afectadas ni acepten dicha actuación u omisión, como el hecho de que el Estado no consulte adecuadamente a las comunidades indígenas antes de proceder a la realización de un proyecto. Por su parte, el Estado deberá siempre vigilar de cerca el comportamiento de las empresas para garantizar que se respeten plenamente los derechos de los pueblos indígenas y que se recurra plena y debidamente a las consultas exigidas.

²⁹ Véase el Informe del Representante Especial del Secretario General sobre la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas comerciales, John Ruggie, "Proteger, respetar y remediar: un marco para las actividades empresariales y los derechos humanos", (A/HRC/8/5) (2008).

III. CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

Cumplimiento del mandato

1. Cooperación con otros mecanismos y órganos

58. La coordinación con el Foro Permanente para las Cuestiones Indígenas y el Mecanismo de expertos sobre los derechos de los pueblos indígenas es un aspecto importante del cumplimiento del mandato del Relator Especial. Estos tres mecanismos, que se crearon en tiempos diferentes y en respuesta a momentos diferentes del movimiento internacional para proteger los derechos de los pueblos indígenas, tienen mandatos complementarios pero que se superponen en ciertos aspectos. Los esfuerzos actuales de coordinación entre esos tres organismos deben fortalecerse y consolidarse para que se conviertan en una característica permanente de su labor tanto conjunta como independiente.

59. Asimismo, el Relator Especial acoge con satisfacción las oportunidades de cooperación con los organismos y programas de todo el sistema de las Naciones Unidas, así como con las instituciones regionales y especializadas. Esta cooperación deberá continuar para promover la sensibilización sobre las cuestiones indígenas y las actividades programáticas que conduzcan a la incorporación de esas cuestiones y a la aplicación efectiva de las normas relativas a los derechos de los indígenas confirmadas en los instrumentos internacionales pertinentes.

2. Esferas de trabajo

60. La labor del Relator Especial en virtud de su mandato se inscribe en cuatro esferas que se relacionan entre sí y se refuerzan mutuamente: la promoción de las buenas prácticas, los estudios temáticos, los informes de países y las denuncias de violaciones de los derechos humanos, siendo esta última la categoría que ha requerido mayor atención de manera sistemática. El Relator Especial agradece la cooperación que ha recibido de varios Estados, pueblos indígenas y otros en todos los aspectos de su labor. Exhorta a los Estados que no han respondido a sus comunicaciones sobre denuncias de violaciones de los derechos humanos a que lo hagan, y también insta a los Estados a que respondan positivamente a sus solicitudes de visitas a los países.

3. El deber de celebrar consultas

61. Un problema fundamental al que se ha enfrentado repetidamente el Relator Especial es la falta de consultas apropiadas con los pueblos indígenas sobre cuestiones que afectan su vida y sus territorios. Diversas situaciones de conflicto y expresiones profundas de descontento, desconfianza e incluso cólera de pueblos indígenas en diferentes escenarios en todo el mundo están relacionadas con una falta de consultas apropiadas. El Relator Especial considera que los Estados y otras partes interesadas necesitan orientación sobre los parámetros normativos pertinentes y las medidas necesarias para cumplir con el deber de celebrar consultas con los pueblos indígenas de conformidad con las normas internacionales. En los párrafos siguientes el Relator Especial resume sus conclusiones sobre determinados aspectos del deber de celebrar consultas y aporta sus recomendaciones.

4. Marco normativo y leyes, políticas y prácticas nacionales

62. De conformidad con la Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas y con el Convenio N° 169 de la OIT, los Estados tienen el deber de consultar a los pueblos interesados, mediante procedimientos especiales y diferenciados sobre los asuntos que les conciernen, con la finalidad de obtener su consentimiento libre, previo e informado. Basado en el entendimiento de la marginación relativa y las condiciones desfavorables de los pueblos indígenas en relación con los procesos democráticos normales, este deber dimana del derecho primordial de los pueblos indígenas a la libre determinación y de los principios de soberanía popular y gobierno por consentimiento y es un corolario de los principios conexos de derechos humanos.

63. El deber de celebrar consultas se aplica siempre que una decisión legislativa o administrativa pueda afectar a los pueblos indígenas en modos no percibidos por la población general del Estado, y en tales casos el deber se aplica en relación con los pueblos indígenas que se ven particularmente afectados y respecto de esos intereses particulares. El deber de celebrar consultas no solo se aplica cuando la medida propuesta se refiere a derechos sustantivos ya reconocidos en el derecho interno, como los derechos relativos a las tierras.

64. Los Estados deben elaborar mecanismos para determinar y analizar si las medidas legislativas o administrativas propuestas, incluidas las relativas a la extracción de recursos o a otras actividades de desarrollo, afectan los intereses particulares de los pueblos indígenas y en qué medida lo hacen a fin de determinar la necesidad de iniciar procesos especiales de consultas mucho antes de que se adopten las medidas en cuestión.

65. Las características específicas de los procedimientos de consulta requeridos variarán según la naturaleza de la medida propuesta, el alcance de su impacto en los pueblos indígenas y la naturaleza de los intereses o derechos de los pueblos indígenas que estén en juego. Sin embargo, en todos los casos en que se aplique el deber de celebrar consultas su finalidad deberá ser obtener el consentimiento o el acuerdo de los pueblos indígenas afectados. De ahí que las consultas deban realizarse en las primeras etapas de la elaboración o planificación de la medida propuesta a fin de que los pueblos indígenas puedan verdaderamente participar e influir en el proceso de adopción de decisiones.

66. El principio de que el consentimiento de los pueblos indígenas deberá ser la finalidad de las consultas no implica que la obtención del consentimiento sea un requisito absoluto en todas las situaciones. En todos los casos, es fundamental que el Estado haga un esfuerzo de buena fe para llegar a un acuerdo. Los pueblos indígenas también deben procurar de buena fe alcanzar el consenso sobre las medidas propuestas y evitar las posiciones inflexibles cuando las medidas propuestas se basen en intereses públicos legítimos.

67. No obstante el carácter necesariamente variable de los procedimientos de consulta en los diversos contextos, los Estados deben definir en la ley los procedimientos de consulta requeridos para determinadas categorías de actividades, como las de extracción de recursos naturales, que se realizan en territorios indígenas o que los afectan. Dichos procedimientos, previstos en leyes o reglamentos o en mecanismos especiales de consulta, deben por su parte ser elaborados en consulta con los pueblos indígenas.

68. La celebración de consultas con los pueblos indígenas sobre los elementos mismos del procedimiento de consulta que habrá de emplearse no solo ayuda a garantizar que el proceso sea eficaz sino que, además, es una medida de fomento de confianza importante y necesaria. Se necesitan además otras medidas de fomento de la confianza.

69. A este respecto, los Estados deben hacer todo lo posible para que los pueblos indígenas puedan organizarse y determinar libremente sus representantes para las deliberaciones de consulta, y deben propiciar un clima de respeto y apoyo a la autoridad de esos representantes. Por su parte, los pueblos indígenas deben trabajar, cuando se requiera, para aclarar y consolidar sus estructuras y organizaciones representativas para que puedan funcionar eficazmente en relación con los procedimientos de consultas.

70. Los Estados deben hacer además análisis y evaluaciones apropiadas de las repercusiones de las medidas legislativas o administrativas propuestas y ponerlos a disposición de los pueblos indígenas afectados, junto con toda la información pertinente, mucho antes de las negociaciones. Los Estados deben también procurar que los pueblos indígenas tengan la capacidad técnica adecuada y los recursos financieros suficientes para participar efectivamente en las consultas, sin utilizar dicha asistencia para influir en las posiciones de los indígenas en las consultas.

71. Los organismos y programas pertinentes del sistema de las Naciones Unidas, así como las ONG interesadas, deben elaborar formas de proporcionar a los pueblos indígenas acceso a la capacidad técnica y los recursos financieros que necesitan para participar efectivamente en las consultas y las negociaciones conexas.

72. Incluso cuando, en la práctica, son las empresas privadas las que promueven o llevan a cabo las actividades que afectan a los pueblos indígenas, como la extracción de los recursos naturales, siguen incumbiendo a los Estados la responsabilidad de celebrar las consultas adecuadas o de garantizar su realización. Por su parte, las empresas privadas, no por obligación jurídica sino como cuestión política, deben ajustar siempre su conducta a las normas internacionales pertinentes relativas a los derechos de los pueblos indígenas, incluidas las relacionadas con las consultas.

73. Las empresas privadas que operen o se propongan operar en tierras indígenas o en sus inmediaciones deben adoptar códigos de conducta por los que se obliguen a respetar los derechos de los pueblos indígenas de conformidad con los instrumentos internacionales pertinentes, en particular la Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas. Los Estados deben elaborar mecanismos específicos para vigilar de cerca el comportamiento de las empresas a fin de garantizar que se respeten plenamente los derechos de los pueblos indígenas y que se recurra plena y debidamente a las consultas exigidas.

74. Los Estados deben adoptar medidas para mejorar la capacidad de mediación de los organismos gubernamentales, en colaboración con las empresas si procede, para tratar los posibles conflictos de intereses en relación con las tierras y recursos indígenas y trabajar con todas las partes interesadas para aplicar dichos mecanismos y garantizar a ese respecto a los pueblos indígenas la igualdad de oportunidades y la protección contra la discriminación.