



Foro Permanente para las Cuestiones Indígenas**13º período de sesiones**

Nueva York, 12 a 23 de mayo de 2014

Tema 3 del programa provisional*

Tema especial: “Principios de buena gobernanza acordes con la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas: artículos 3 a 6 y 46”**Estudio sobre las consecuencias de la doctrina del descubrimiento para los pueblos indígenas, incluidos mecanismos, procesos e instrumentos de reparación****Nota de la secretaría**

De conformidad con una decisión adoptada por el Foro Permanente de las Naciones Unidas para las Cuestiones Indígenas en su 11º período de sesiones (véase [E/2012/43](#), párr. 112), un miembro del Foro, Edward John, emprendió un estudio sobre las consecuencias de la doctrina del descubrimiento para los pueblos indígenas, incluidos mecanismos, procesos e instrumentos de reparación, con referencia a la Declaración y, en particular, a los artículos 26 a 28, 32 y 40. Los resultados del estudio se presentan aquí al Foro Permanente en su 13º período de sesiones.

* [E/C.19/2014/1](#).



Estudio sobre las consecuencias de la doctrina del descubrimiento para los pueblos indígenas, incluidos mecanismos, procesos e instrumentos de reparación

I. Introducción

1. Los miembros del Foro Permanente examinaron la doctrina del descubrimiento como tema especial durante su 11° período de sesiones, que incluyó la reunión de un grupo de expertos internacionales, la preparación de un documento de sesión, declaraciones de los pueblos indígenas de África, Asia y el Pacífico, el Ártico, América Central y del Sur y el Caribe y América del Norte¹, y recomendaciones que figuran en el informe final del Foro sobre el período de sesiones (véase [E/2012/43](#), cap. III). La doctrina tiene un alcance y unos repercusiones mundiales.

2. Existe un conjunto sustancial de trabajos académicos² sobre los fundamentos históricos de la doctrina y los efectos persistentes sobre los pueblos indígenas en todo el mundo. Por lo tanto, no es intención del presente estudio repetir esa valiosa labor, sino más bien basarse en ella a fin de comprender mejor la doctrina y sus efectos vigentes. El reto es cambiar el paradigma. La doctrina ha sido rechazada por algunos órganos nacionales e internacionales, pero sigue teniendo vigencia. Su capacidad de resistencia se debe a su arraigo en las culturas colonizadoras y su vigencia en las leyes, políticas, negociaciones y posiciones contenciosas de los Estados.

3. La doctrina del descubrimiento tiene como base inválida la presunción de superioridad racial de los cristianos europeos³. Se originó en las bulas papales promulgadas durante la denominada “era de los descubrimientos” en Europa. Se vio agravada por los reglamentos, como el Requerimiento, de la realeza en los Estados cristianos de Europa⁴. En todas sus manifestaciones, el “descubrimiento” ha sido utilizado como marco justificativo para deshumanizar, explotar, esclavizar y subyugar a los pueblos indígenas y despojarlos de sus derechos más básicos, sus leyes, su espiritualidad, cosmovisión y gobernanza, así como sus tierras y recursos. En última instancia, es el fundamento mismo del genocidio⁵.

¹ Se puede consultar en www.docip.org.

² Véase, por ejemplo, Robert J. Miller y otros, *Discovering Indigenous Lands: The Doctrine of Discovery in the English Colonies* (Oxford/Nueva York; Oxford University Press, 2012); Charles Geisler, “New terra nullius narratives and the gentrification of Africa’s ‘empty lands’” (2012), *Journal of World Systems Research*, vol. 18, núm. 15; Robert A. Williams, Jr., *Savage Anxieties: The Invention of Western Civilization* (New York: Palgrave Macmillan, 2012); Robert J. Miller, “The international law of colonialism: a comparative analysis”, *Lewis & Clark Law Review*, vol. 15 (2011); y Steven T. Newcomb, *Pagans in the Promised Land: Decoding the Doctrine of Christian Discovery* (Golden, Colorado, Fulcrum Press, 2008).

³ Steven T. Newcomb, “The evidence of Christian nationalism in federal Indian law: the Doctrine of Discovery, *Johnson v. McIntosh*, and Plenary Power”, *New York University Review of Law & Social Change*, vol. 20 (1993).

⁴ Robert J. Miller y otros (véase la anterior nota de pie de página 2).

⁵ Véase, por ejemplo, Robert A. Williams, Jr., *The American Indian in Western Legal Thought* (New York, Oxford Publishing, 1990).

4. Las doctrinas de superioridad, como la del descubrimiento, han sido rechazadas por “racistas, científicamente falsas, jurídicamente inválidas, moralmente condenables y socialmente injustas”⁶. La prohibición de la discriminación racial es una norma imperativa⁷. El Consejo de Derechos Humanos “condenó” las doctrinas de superioridad como “incompatibles con la democracia y con una gobernanza transparente y responsable” (véase [A/66/53/Add.1](#), cap. I). Tanto para los pueblos indígenas como para los Estados, hay razones de peso para ir más allá del repudio. Es indispensable sustituir la doctrina colonial del descubrimiento por las normas internacionales contemporáneas de derechos humanos y participar en unos procesos de reparación justos y en colaboración. Los tribunales superiores de varios Estados han desacreditado expresamente las doctrinas del descubrimiento y de *terra nullius*, que sustentan el despojo *de facto* de las tierras y leyes indígenas⁸. Sin embargo, esos mismos Estados siguen aplicando esas doctrinas, llegando incluso a no respetar ni aplicar las leyes estatales que afirman y protegen los ordenamientos jurídicos y los derechos territoriales de los pueblos indígenas. Sigue habiendo grandes “lagunas” entre los compromisos de los Estados a reconocer los derechos de los pueblos indígenas, de un lado, y su ejecución y realización plenas y efectivas, de otro.

5. El Secretario General ha afirmado que la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas proporciona un marco de principios sobre el cual los Estados pueden construir o reconstruir sus relaciones con los pueblos indígenas⁹. La Declaración es un instrumento de derechos humanos de carácter universal y correctivo. Según la descripción del Mecanismo de Expertos sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, en calidad de expresión normativa del consenso internacional existente respecto de los derechos humanos individuales y colectivos de los pueblos indígenas, la Declaración proporciona un marco para adoptar medidas encaminadas a la protección y aplicación plenas de los derechos de los pueblos indígenas¹⁰.

6. La Asamblea General, en el párrafo 1 de su resolución 2621 (XXV), indicó que la continuación del colonialismo es un crimen que constituye una violación de la Carta de las Naciones Unidas y los principios del derecho internacional. La doctrina de la era colonial no puede seguir oprimiendo y empobreciendo a generaciones de pueblos indígenas, denegándoles la jurisdicción para ejercer sus leyes y ordenamientos jurídicos indígenas.

7. Es fundamental examinar cómo la soberanía y la titularidad subyacente de la Corona lograron cristalizarse legítimamente a través del “descubrimiento” de las

⁶ Declaración, cuarto párrafo del preámbulo; igualmente, véase la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial, preámbulo.

⁷ Véase el informe del Grupo de Estudio de la Comisión de Derecho Internacional sobre “La fragmentación del derecho internacional: dificultades derivadas de la diversificación y expansión del derecho internacional” ([A/CN.4/L.702](#)), párr. 33; y Antonio Cassese, *International Law* (Oxford/Nueva York; Oxford University Press, 2001).

⁸ *Mabo v. State of Queensland* (No. 2) (1992), 175 C.L.R. 1 (H.C.), párrs. 28 y 29, 40 y 43 por el Magistrado Brennan; y *Simon v. The Queen* [1985] 2 S.C.R. 387.

⁹ Mensaje del Secretario General con motivo del Día Internacional de los Pueblos Indígenas del Mundo (23 de julio de 2008).

¹⁰ Informe del Mecanismo de Expertos sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, informe final del estudio sobre los pueblos indígenas y el derecho a participar en la adopción de decisiones ([A/HRC/18/42](#)), anexo, opinión núm. 2 (2011), párr. 4.

tierras y los territorios de los pueblos indígenas. La doctrina debe ser desenmascarada para que sus manifestaciones sean visibles. Como concluyó Tracey Lindberg, “la soberanía de la Corona no pudo reemplazar a la soberanía de los pueblos indígenas solo en virtud del asentamiento de pueblos no indígenas en tierras y territorios indígenas ... se ha de asumir la incapacidad, la ausencia y la invisibilidad indígenas a fin de concebir la cristalización de la soberanía y la titularidad superior de la Corona”¹¹. En las distintas regiones del mundo, las prerrogativas soberanas “asumidas” siguen siendo objeto de abusos por parte de los Estados que hallaron su justificación en esas doctrinas. Como subrayó Robert A. Williams, “esta doctrina jurídica burdamente racista de la era colonial europea sigue siendo utilizada por los tribunales y los encargados de formular políticas en los Estados-nación occidentales más avanzados para denegar a los pueblos indígenas sus derechos humanos básicos garantizados por los principios del derecho internacional moderno”¹².

8. Todos los Estados Miembros deben respetar y aplicar el principio de igualdad de derechos y libre determinación de los pueblos consagrado en la Carta de las Naciones Unidas¹³. El recurso del Estado a la doctrina del descubrimiento y la denegación de la soberanía y la libre determinación de los pueblos indígenas son incompatibles con los principios de justicia, democracia, respeto de los derechos humanos, igualdad, no discriminación, buena gobernanza y buena fe, que son los principios básicos para interpretar y aplicar los derechos de los pueblos indígenas y las obligaciones conexas de los Estados que se reafirman en la Declaración (art. 46 3)). También aquí, a pesar de la aprobación de la Declaración por la Asamblea General, las “lagunas” entre los compromisos y la aplicación siguen siendo considerables.

9. En lo que respecta a las enajenaciones de tierras, las conversiones forzadas de los no cristianos, la privación de libertad y la esclavización de los pueblos indígenas, la Santa Sede informó de que “se había llevado a cabo un proceso de abrogación a lo largo de los siglos” a fin de anular esos actos infames¹⁴. Esas renunciaciones papales no son suficientes. Hay una apremiante necesidad de descolonización en relación con los efectos debilitantes y el legado actual de denegación por los Estados del derecho inherente de los pueblos indígenas a su soberanía, sus leyes y la titularidad de sus tierras, territorios y recursos. Al mismo tiempo, existe una creciente tendencia entre los órganos de base confesional a repudiar la doctrina del descubrimiento¹⁵. En este contexto, el Consejo Mundial de

¹¹ Tracey Lindberg, “Contemporary Canadian resonance of an imperial Doctrine” en Robert J. Miller y otros (véase la anterior nota de pie de página 2). Véase también John Borrows, “Sovereignty’s alchemy: an analysis of *Delgamuukw v British Columbia*” (1999), *Osgoode Hall Law Journal*, vol. 37, “What alchemy transmutes the basis of Aboriginal possession into the golden bedrock of Crown title?”.

¹² Robert A. Williams, Jr., *Savage Anxieties: The Invention of Western Civilization* (Nueva York, Palgrave Macmillan, 2012).

¹³ Arts. 1 2) y 55 c); véase también la Declaración, párrs. 1 y 2 y arts. 1 a 3 del preámbulo.

¹⁴ Declaración ante el Foro Permanente en su noveno período de sesiones del Observador Permanente de la Santa Sede ante las Naciones Unidas, 27 de abril de 2010.

¹⁵ Hasta la fecha, han formulado declaraciones el Consejo Mundial de Iglesias y, entre otras confesiones religiosas, la episcopaliana/anglicana, la unitaria, la Iglesia Unida del Canadá y la Sociedad Religiosa de los Amigos (Cuáqueros). Véase, por ejemplo, www.oikoumene.org/en/resources/documents/executive-committee/2012-02/statement-on-the-doctrine-of-discovery-and-its-enduring-impact-on-indigenous-peoples.

Iglesias y los Cuáqueros del Canadá han hecho hincapié en la soberanía inherente de los pueblos indígenas y sus problemas de titularidad.

II. Efectos de la doctrina del descubrimiento

10. Los efectos de la doctrina del descubrimiento siguen siendo devastadores, de gran trascendencia e intergeneracionales. El Relator Especial sobre los derechos de los pueblos indígenas, James Anaya, llegó en su informe a la conclusión de que la doctrina del descubrimiento de la era colonial, combinada con las doctrinas conexas de la conquista y la superioridad racial europea, fue una fuerza impulsora de las atrocidades cometidas contra los pueblos indígenas a escala mundial, cuyas consecuencias siguen dejándose sentir (véase [A/HRC/21/47](#), párr. 5).

11. El Foro Permanente, en su informe sobre el 11º período de sesiones, afirmó que algunos de los efectos adversos persistentes en las comunidades indígenas guardaban relación con “la salud; el bienestar psicológico y social; la denegación de los derechos a la tierra y los títulos de propiedad de la tierra; los recursos y los medicamentos; las formas conceptuales y conductuales de violencia contra la mujer indígena; el suicidio de los jóvenes; y la desesperanza de muchas personas pertenecientes a pueblos indígenas, en particular los jóvenes” (véase [E/2012/43-E/C.19/2012/13](#), párr. 5). Los efectos visuales del desposeimiento y la opresión, como condiciones imperantes en muchas comunidades indígenas y los consiguientes problemas sociales, sirven para perpetuar los estereotipos. El racismo, la discriminación y los conceptos de superioridad no indígena, ya sea manifiesta o de otro tipo, se mantendrán siempre que la pobreza severa siga estando presente en las comunidades.

12. En el preámbulo del documento final de la Conferencia Preparatoria de la Conferencia Mundial de las Naciones Unidas sobre los Pueblos Indígenas, celebrada del 8 al 13 de junio de 2013 en Alta (Noruega) (véase [A/67/794](#), anexo), los pueblos indígenas afirman que los efectos de las doctrinas incluyen la usurpación constante de las tierras, los territorios y los recursos de los pueblos indígenas, la destrucción de las instituciones políticas y jurídicas indígenas, las prácticas discriminatorias encaminadas a destruir las culturas indígenas; el incumplimiento de los tratados, acuerdos y otros arreglos constructivos concertados con los pueblos y las naciones indígenas; el genocidio, la pérdida de la soberanía alimentaria y los crímenes de lesa humanidad.

13. El Tribunal Supremo del Canadá ha reconocido la necesidad de conciliar “la soberanía preexistente de los aborígenes con la soberanía asumida por la Corona”¹⁶. El Tribunal Supremo ha tomado conocimiento judicial de “cuestiones tales como el desplazamiento y los internados del colonialismo”¹⁷, que demuestran cómo las facultades “asumidas” de soberanía fueron objeto de abusos a lo largo de la historia. La causa fundamental de ese abuso lleva de nuevo a la doctrina del descubrimiento y otros conceptos conexos falsos, que por lo tanto deben corregirse.

14. Como se afirma en la Declaración, la denegación permanente por el Estado de la soberanía de los pueblos indígenas da lugar a una denegación de sus derechos humanos, entre otros el derecho a la libre determinación, incluido el derecho al autogobierno a través de sus propias leyes y jurisdicciones (arts. 3, 4, 5, 33 y 34); el

¹⁶ *Haida Nation v. British Columbia (Minister of Forests)*, [2004] 3 S.C.R. 511, párr. 20.

¹⁷ *R. v. Ipeelee*, 2012 S.C.C. 13, párr. 60.

derecho a poseer, desarrollar y controlar sus tierras, territorios y recursos (art. 26); y el derecho al desarrollo de conformidad con sus propias prioridades (arts. 20 y 23) y tratados (art. 37). Como resultado de las doctrinas y políticas coloniales, los pueblos indígenas se cuentan entre los más marginados y desfavorecidos del mundo. La Asamblea General hizo suya la declaración siguiente: “La erradicación de la pobreza es el mayor problema que afronta el mundo en la actualidad y una condición indispensable del desarrollo sostenible”¹⁸. El Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia (UNICEF) ha declarado que “la pobreza es una negación de los derechos humanos y la dignidad humana”¹⁹.

III. Reparación: aplicación de un enfoque basado en los derechos humanos

15. A fin de corregir las continuas consecuencias debilitantes de la doctrina del descubrimiento, es imperativo adoptar un enfoque basado en los derechos humanos que afirme que “los pueblos indígenas son iguales a todos los demás pueblos” y que “todos los pueblos contribuyen a la diversidad y riqueza de las civilizaciones y culturas”²⁰. La doctrina del descubrimiento se utilizó como instrumento para justificar la asunción por los Estados de la “facultad exclusiva de suprimir” los derechos de los pueblos indígenas de manera continuada²¹. La inherente soberanía preexistente de los pueblos indígenas no se consideró de manera justa. En diferentes partes del mundo, los tribunales nacionales han ayudado a los Estados no solo validando esos actos destructivos, sino también suprimiendo los derechos de los pueblos indígenas mediante sentencias judiciales²².

16. Los derechos intrínsecos de los pueblos indígenas son derechos humanos y no están sujetos a la supresión o la destrucción en su forma o resultado²³. De conformidad con los órganos creados en virtud de tratados de las Naciones Unidas, la supresión de los derechos de los pueblos indígenas es incompatible con su derecho a la libre determinación²⁴. Además, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales concluyó que “las políticas que infringen las obligaciones establecidas en los tratados aborígenes y la extinción, conversión o renuncia de los derechos y títulos aborígenes no deberían aplicarse en ningún caso”²⁵. La Corte Internacional de Justicia ha dictaminado que debe atribuirse “gran peso” a las interpretaciones adoptadas por órganos independientes establecidos específicamente para supervisar la aplicación de

¹⁸ Resolución 66/288 de la Asamblea General, anexo, párr. 2.

¹⁹ UNICEF, *Poverty Reduction Begins with Children*, Nueva York, marzo de 2000.

²⁰ Declaración, párrs. 2 y 3 del preámbulo.

²¹ *Johnson v. McIntosh*, 21 U.S. (8 Wheat.) 543 (1823).

²² *Tsilhqot'in Nation v. British Columbia*, 2012 B.C.C.A. 285 (las reclamaciones territoriales de titularidad en sentido amplio son “contrarias al objetivo de reconciliación”). La causa es actualmente objeto de recurso ante el Tribunal Supremo del Canadá.

²³ Los instrumentos de derechos humanos no permiten la destrucción de los derechos humanos. Véase, por ejemplo, el artículo idéntico 5 1) del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; y el art. 45 de la Declaración.

²⁴ Véanse, por ejemplo, las observaciones finales del Comité de Derechos Humanos: Canadá (CCPR/C/79/Add.105), párr. 8.

²⁵ Véase E/C.12/1/Add.31, párr. 18.

los tratados de derechos humanos²⁶. La Corte añadió que eso mismo es cierto en lo que respecta a los órganos regionales de supervisión, como la Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos y la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Las Naciones Unidas y los órganos regionales están recurriendo cada vez más a la Declaración para interpretar y aplicar los derechos de los pueblos indígenas y las obligaciones conexas de los Estados en los tratados vigentes.

17. Los derechos humanos son generalmente de carácter relativo y no absoluto. La Declaración afirma en el artículo 46, párrafo 2, que el ejercicio de los derechos incluidos en la Declaración estará “sujeto exclusivamente a las limitaciones ... con arreglo a las obligaciones internacionales de derechos humanos ... y las estrictamente necesarias con el solo objetivo de garantizar el reconocimiento y respeto debidos a los derechos ... de los demás y para satisfacer las justas y más apremiantes necesidades de una sociedad democrática”²⁷. El Relator Especial sobre los derechos de los pueblos indígenas subrayó en el párrafo 29 de su informe sobre la situación de los pueblos indígenas en Australia ([A/HRC/15/37/Add.4](#)) que la supresión de los derechos de los pueblos indígenas a la tierra por actos unilaterales no recompensados es “incompatible con la Declaración, así como con otros instrumentos internacionales”²⁸. Con respecto a las tierras, territorios y recursos de los pueblos indígenas “tomados ... o dañados sin su consentimiento libre, previo e informado”, la Declaración reafirma en el artículo 28 su derecho a la reparación. Esto incluye la restitución “o, cuando ello no sea posible, una indemnización justa, imparcial y equitativa”.

18. La Declaración afirma que los pueblos y las personas indígenas tienen “derecho a no ser sometidos a una asimilación forzada ni a la destrucción de su cultura” (art. 8 1)). A este respecto, los Estados tienen la obligación de establecer mecanismos eficaces para la prevención y reparación de todo acto que tenga por objeto o consecuencia “privarlos de su integridad como pueblos distintos o de sus valores culturales” o “de sus tierras, territorios y recursos” (art. 8 2)). El Relator Especial declaró en el párrafo 45 de su informe ([A/64/338](#)) que la Declaración afirma también que los pueblos indígenas tienen derecho a la integridad cultural, incluidos los objetos culturales y espirituales, los idiomas y otras expresiones culturales”²⁹, que esté estrechamente vinculada a sus tierras, territorios y recursos. En su opinión número 5 (véase [A/HRC/24/50](#), anexo), el estudio del Mecanismo de Expertos sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas “afirma el derecho a la integridad de sus tierras y territorios” (arts. 25 a 32), que incluye la protección del medio ambiente.

19. La Asociación de Derecho Internacional ha concluido que “los pueblos indígenas tienen derecho a reparación y resarcimiento por los agravios sufridos. Ese

²⁶ *Ahmadou Sadio Diallo (Republic of Guinea v. Democratic Republic of the Congo)*, fondo, fallo, I.C.J. Reports 2010. La Corte indicó que la jurisprudencia de los órganos creados en virtud de tratados incluiría sus “observaciones generales” y sus observaciones finales sobre los distintos Estados partes.

²⁷ Véase también *Centre for Minority Rights Development (Kenya) and Minority Rights Group International on behalf of Endorois Welfare Council v. Kenya*. Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, comunicación núm. 276/2003, 27º informe de actividad, párrs. 213 a 215, anexo 5.

²⁸ Véase la causa *Sawhoyamaya v. Paraguay*, Comisión Interamericana de Derechos Humanos (Ser. C) núm. 146 (2006), párr. 128.

²⁹ Véanse arts. 11 a 16 y 31 de la Declaración.

derecho constituye una norma de derecho internacional consuetudinario en la medida en que el objetivo es corregir un agravio resultante de una violación de un derecho que es en sí mismo parte del derecho internacional consuetudinario. De hecho, el resarcimiento es un elemento esencial para la efectividad de los derechos humanos³⁰. Ejemplos de derecho internacional consuetudinario en la Declaración incluyen, entre otras cosas, el principio general del derecho internacional de *pacta sunt servanda* (“los tratados deben cumplirse”, párr. 14 del preámbulo y art. 37); la prohibición de la discriminación racial (art. 2); el derecho a la libre determinación (art. 3); el derecho a los medios propios de subsistencia (art. 20); y el derecho a no ser víctima del genocidio (art. 7). La Asociación añade que los Estados deben cumplir, con arreglo al derecho consuetudinario y, cuando sea aplicable, el derecho internacional convencional, con la obligación de reconocer, respetar, proteger, promover y realizar los derechos de los pueblos indígenas a sus tierras, territorios y recursos tradicionales³¹.

20. La Asamblea General, en su resolución 67/157, reconoció que la realización universal del derecho de los pueblos a la libre determinación es un requisito fundamental para que se garanticen y respeten efectivamente los derechos humanos y se preserven y promuevan esos derechos.

IV. Procesos y mecanismos de reparación

21. A fin de obtener una reparación en el contexto indígena mundial, serán necesarios procesos y mecanismos eficaces en los planos internacional, regional y nacional. En la actualidad, por ejemplo, no hay mecanismos internacionales eficaces para resarcir de las violaciones estatales de los tratados, acuerdos y otros arreglos constructivos. La Corte Interamericana ha confirmado que un principio del derecho internacional es que toda violación de una obligación internacional que ha causado perjuicio entraña la obligación de proporcionar una reparación adecuada³². Las reparaciones son medidas que tienden a hacer desaparecer los efectos de las violaciones cometidas³³, en particular medidas tales como la restitución.

22. La Asociación de Derecho Internacional ha llegado a la conclusión de que los Estados deben cumplir con la obligación, según el derecho consuetudinario y, cuando proceda, el derecho internacional convencional, de reconocer y hacer efectivo el derecho de los pueblos indígenas a la reparación y la compensación por los agravios sufridos, en particular el desposeimiento o el perjuicio de sus tierras sin su consentimiento libre, previo e informado. Los pueblos indígenas deben tener a su disposición mecanismos de reparación eficaces y favorables³⁴, establecidos conjuntamente con los pueblos interesados. Todas las medidas en curso que se basen en la doctrina del descubrimiento constituyen una violación de las obligaciones internacionales de los Estados. La reparación debe incluir procesos de

³⁰ Asociación de Derecho Internacional, “Rights of indigenous peoples”, informe provisional de la Conferencia de La Haya (2010).

³¹ “Rights of indigenous peoples”, informe final de la Conferencia de Sofía (2012) (conclusiones y recomendaciones).

³² *Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni c. Nicaragua*, Corte Interamericana de Derechos Humanos, sentencia de 31 de agosto de 2001, Ser. C núm. 79 (2001), párr. 163.

³³ *Caso de la comunidad indígena Yakyé Axa*, Corte Interamericana de Derechos Humanos, Ser. C núm. 125 (2001), sentencia de 17 de junio de 2005, párr. 182.

³⁴ Asociación de Derecho Internacional, 2012 (véase la anterior nota de pie de página 31).

descolonización que restablezcan de manera efectiva la soberanía y jurisdicción de los pueblos indígenas en contextos contemporáneos y logren una verdadera reconciliación.

23. En el plano mundial, son necesarios distintos procesos de reparación para diferentes contextos históricos y políticos. En el marco de las Naciones Unidas, los territorios no autónomos y en fideicomiso han sido objeto de procesos especiales de descolonización, que tienen sus propias limitaciones y graves injusticias³⁵. En muchas otras situaciones en todo el mundo, los pueblos indígenas están tratando de lograr una reconciliación efectiva de diversas formas. Dentro de los Estados actuales, los problemas fundamentales que es necesario resolver urgentemente se centran en crear un espacio jurisdiccional para la soberanía indígena³⁶ y en la libre determinación, incluido el eficaz funcionamiento de ordenamientos jurídicos específicos de los pueblos indígenas en sus territorios.

24. Según el estudio sobre los derechos de los pueblos indígenas y las comisiones de la verdad y otros mecanismos de búsqueda de la verdad en el continente americano (E/C.19/2013/12), las comisiones de la verdad son un instrumento esencial para determinar las causas de graves violaciones de los derechos humanos, incluidos los derechos económicos, sociales y culturales, así como las pautas de los abusos, y evitar la repetición de actos similares. Según el estudio, “si funcionan adecuadamente, con fuertes garantías de independencia y con un liderazgo íntegro, las comisiones... pueden fortalecer el reconocimiento de la soberanía, la identidad y las perspectivas indígenas y el respeto de sus derechos civiles y políticos, sus derechos económicos, sociales y culturales, y los derechos a las tierras ancestrales y a los recursos naturales” (*ibid.*, párr. 71).

25. Muchos Estados siguen haciendo caso omiso de los retos en materia de derechos humanos para su soberanía “asumida” sobre los pueblos indígenas y sus territorios. El antiguo Presidente del Tribunal de Apelación de la Columbia Británica, Lance Finch, puso de relieve que para evitar los desequilibrios y las injusticias resultantes, debemos concebir la reconciliación, en el contexto jurídico y desde los puntos de vista político y social, como una calle de doble sentido: al igual que la preexistencia de sociedades aborígenes debe conciliarse con la soberanía de la Corona, también debe la Corona, en su afirmación de la soberanía, conciliarse con la preexistencia de sociedades aborígenes³⁷.

26. Como se afirma en el artículo 40 de la Declaración, “los pueblos indígenas tienen derecho a procedimientos equitativos y justos para el arreglo de 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”. Los derechos de los pueblos indígenas a procedimientos equitativos y justos y a una reparación efectiva de toda lesión se aplican no solo a los Estados,

³⁵ Véase, por ejemplo, E/C.19/2013/12.

³⁶ Courtney Jung, “Transitional justice for indigenous people in a non-transitional society”, Centro Internacional para la Justicia de Transición, octubre de 2009, párr. 3: “... una de las injusticias históricas básicas de la identidad indígena es la pérdida de la soberanía. Los pueblos indígenas se definen en parte por el hecho de que su soberanía no fuera reconocida por las potencias coloniales que se apropiaron del territorio y la soberanía con arreglo a la doctrina de *terra nullius*”.

³⁷ Lance Finch, “The duty to learn: taking account of indigenous legal orders in practice”, conferencia sobre el derecho consuetudinario y los ordenamientos jurídicos indígenas en la Sociedad de Formación Jurídica Continua de la Columbia Británica, 15 de noviembre de 2012.

sino también a las empresas comerciales y otras terceras partes. En virtud del derecho internacional, los Estados deben adoptar medidas positivas para garantizar el derecho de los indígenas a una reparación efectiva no solo contra sus propias acciones, sino también contra los actos de otras partes dentro de su propio Estado³⁸. El Foro Permanente, en su informe sobre el 11º período de sesiones, reiteró que las normas internacionales de derechos humanos, incluidas las normas sobre igualdad y no discriminación, exigen que los Estados rectifiquen las injusticias cometidas en el pasado por esas doctrinas, entre ellas la violación de los derechos de los pueblos indígenas a la tierra, mediante reformas jurídicas y normativas, la restitución y otras formas de reparación por la violación de sus derechos a las tierras (E/2012/43-E/C.19/2012/13, párr. 7).

V. Papel de los tribunales nacionales

27. Aunque algunos tribunales nacionales reconocen los orígenes coloniales de la soberanía “asumida” del Estado sobre los pueblos indígenas y sus territorios tradicionales, no han logrado considerar plena y debidamente la soberanía indígena preexistente³⁹. La soberanía del Estado no es absoluta⁴⁰. En el marco de sus respectivos países, los tribunales nacionales suelen tener autoridad jurídica y una responsabilidad constitucional para determinar e imponer limitaciones a la soberanía del Estado, a fin de garantizar un espacio jurisdiccional para la soberanía, las leyes y los ordenamientos jurídicos indígenas. Las acciones extraterritoriales de los Estados también se ven limitadas por sus obligaciones internacionales en materia de derechos humanos⁴¹.

28. En la causa *Mabo et al. v. State of Queensland* [No. 2], para revocar la doctrina de *terra nullius* en Australia se sostuvo que, en el mundo de hoy, era imprescindible que el derecho consuetudinario no estuviera, ni diera la impresión de estar, congelado en una época de la discriminación racial⁴². La misma lógica debe aplicarse a toda la doctrina del descubrimiento. Al mismo tiempo, hay una persistente reticencia entre los Estados a eliminar toda dependencia de la doctrina⁴³. La soberanía “asumida” del Estado es objeto de abusos en distintas regiones del mundo, especialmente cuando las tierras, territorios y recursos indígenas están en juego⁴⁴. Por lo tanto, es urgente que los tribunales nacionales repudien las doctrinas

³⁸ Véase, por ejemplo, CCPR/C/21/Rev.1/Add.5, párr. 6.1.

³⁹ Véase, por ejemplo, Brian Slattery, “Aboriginal sovereignty and imperial claims”, *Osgoode Hall Law Journal*, vol. 29, donde afirma que los pueblos indígenas de América tenían soberanía y titularidad sobre los territorios que ocupaban cuando llegaron los europeos, y que este hecho fundamental transforma nuestro entendimiento de todo lo que vino después.

⁴⁰ A/47/277, párr. 17: “... ha pasado ya el momento de la soberanía absoluta y exclusiva; su teoría nunca tuvo asidero en la realidad”.

⁴¹ Véase, por ejemplo, A/60/350, párr. 30.

⁴² *Mabo et al. v. State of Queensland* [No. 2] (1992) 107 A.L.R. 1 (Tribunal Supremo de Australia), Brennan J.

⁴³ Por ejemplo, A/HRC/21/47/Add.1, párr. 16: “el uso de conceptos de descubrimiento y conquista para menoscabar los derechos de los indios y subordinarlos al poder plenario del Congreso está vinculado a actitudes de la época colonial hacia los pueblos indígenas que solo cabe calificar de racistas”.

⁴⁴ *Ibid.*, párr. 34: “la extracción y la explotación de recursos naturales en territorios indígenas o en sus inmediaciones se habían convertido en una de las principales preocupaciones de los pueblos

coloniales perjudiciales y ofrezcan vías de reparación, y perfilen un marco judicial conforme a la Declaración y otras normas internacionales contemporáneas de derechos humanos. Además, es necesario que las perspectivas de los pueblos indígenas se tengan en cuenta en la adopción de decisiones judiciales, mediante el nombramiento de jueces indígenas y el mantenimiento, el apoyo y el desarrollo de tribunales indígenas con competencia para adoptar decisiones de conformidad con las leyes y culturas indígenas y las normas internacionales de derechos humanos.

VI. Necesidad de educación en materia de derechos humanos

29. Una verdadera reconciliación no es posible sin una clara comprensión y sensibilidad respecto de las injusticias, pasadas y presentes, sufridas por los pueblos indígenas. En vista de las ficciones jurídicas generadas por la doctrina del descubrimiento y otras doctrinas conexas, existe una necesidad urgente de velar por que los programas de estudios incluyan la realidad histórica de la fundación de los Estados-nación modernos. Los estudiantes a todos los niveles deben aprender acerca de las repercusiones de esas doctrinas y la necesidad de justicia y reparación. Además, dado que las doctrinas están fuertemente arraigadas, a menudo inconscientemente, en la cultura política y jurídica del Estado, es necesario educar a los encargados de formular políticas y adoptar decisiones a nivel estatal.

30. Las instituciones nacionales de derechos humanos pueden desempeñar un papel en el desarrollo y la promoción de la educación en materia de derechos humanos a través de materiales apropiados desde el punto de vista cultural. Esos materiales deben ser elaborados en consulta y cooperación con los pueblos indígenas. En la Declaración de las Naciones Unidas sobre educación y formación en materia de derechos humanos (resolución 66/137 de la Asamblea General, anexo), la Asamblea General reafirmó la importancia de esa educación y capacitación y las funciones de los Estados y otros agentes en su aplicación. Los materiales didácticos sobre derechos humanos también deberían ser creados y distribuidos en el plano internacional por conducto de la Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos y los órganos y organismos competentes de las Naciones Unidas, incluidos el Foro Permanente y el Mecanismo de Expertos sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas.

31. La Relatora Especial sobre la independencia de los magistrados y abogados, Gabriela Knauth, subrayó en su informe la necesidad de evitar partir del supuesto tendencioso o erróneo de que los agentes judiciales han obtenido ya el conocimiento necesario para desempeñar sus funciones de manera imparcial⁴⁵. Debería pedirse a esos profesionales del derecho que tomen cursos sobre el derecho internacional de los derechos humanos, incluida la Declaración. Estos cursos deberían ser ampliamente difundidos, en particular en los colegios de abogados y las universidades.

VII. Conclusiones y recomendaciones

indígenas en todo el mundo, y posiblemente también en la fuente más generalizada de obstáculos al pleno ejercicio de sus derechos”.

⁴⁵ A/HRC/20/20, párr. 94 (conclusiones). Los “agentes judiciales” incluyen a jueces, magistrados, fiscales, defensores públicos y abogados.

32. La doctrina del descubrimiento no solo es importante a nivel mundial por los abusos cometidos en el pasado, sino también por sus consecuencias de gran trascendencia. Esas doctrinas coloniales no han de primar en la práctica sobre los derechos humanos, la democracia y el estado de derecho. En este contexto, la laguna de aplicación debe ser plena y eficazmente colmada a fin de que esas doctrinas sean totalmente eliminadas. Según Robert J. Miller, la doctrina del descubrimiento es una peligrosa ficción que, de no atajarse, seguirá socavando los intentos por crear un futuro mejor de reconciliación entre la Corona y los pueblos indígenas⁴⁶.

33. A nivel nacional, los cambios fundamentales deben reflejarse en políticas y reformas constitucionales y legislativas, y mandatos de negociación gubernamentales en lo que respecta a los pueblos indígenas. Los gobiernos de los Estados deben ver limitada la posibilidad de apropiarse ilegalmente de tierras, territorios y recursos indígenas sobre la base de esas doctrinas⁴⁷.

34. Son necesarios procesos y mecanismos de reparación, así como una supervisión independiente, en los planos internacional, regional y nacional. Los procesos de descolonización deben ser elaborados conjuntamente con los pueblos indígenas afectados y ser compatibles con sus perspectivas y enfoques. Esos procesos deben ser justos, imparciales, abiertos y transparentes, y atenerse a la Declaración y otras normas internacionales de derechos humanos.

35. Esos procesos deben promover la paz y las relaciones armoniosas y de cooperación entre los Estados y los pueblos indígenas. Cuando así lo deseen los pueblos indígenas, debe garantizarse un espacio constitucional para la soberanía, la jurisdicción y el ordenamiento jurídico de los pueblos indígenas.

36. En el marco de sus respectivos mandatos, los órganos creados en virtud de tratados de las Naciones Unidas y los órganos regionales de derechos humanos tienen un importante papel que desempeñar en el establecimiento de las normas y la jurisprudencia pertinentes. Del mismo modo, el Foro Permanente, el Mecanismo de Expertos sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas y los relatores especiales de las Naciones Unidas deben desempeñar una función al respecto. El examen periódico universal también debería utilizarse para alentar a los Estados a colaborar con los pueblos indígenas en los procesos de descolonización.

37. La próxima Conferencia Mundial sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas ofrece una oportunidad para seguir examinando el tema. Las Naciones Unidas y los Estados tendrán en el documento final una ocasión apropiada y oportuna para rechazar totalmente las doctrinas coloniales y comprometerse con los procesos de reparación.

38. La historia no se puede borrar. Sin embargo, su curso puede modificarse para garantizar el bienestar, la dignidad y la supervivencia, presentes y futuros, de los pueblos indígenas. La dignidad y el respeto de los derechos humanos deben garantizarse, especialmente a la luz de las vulnerabilidades existentes. Se debe tener plena y honestamente en cuenta el pasado a fin de evitar que las doctrinas coloniales continúen perpetuándose. Es fundamental un claro cambio de paradigma para pasar de las doctrinas coloniales a un marco de principios en materia de derechos humanos que se ajuste a la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas y otras normas internacionales de derechos humanos.

⁴⁶ Robert J. Miller y otros (véase la anterior nota de pie de página 2).

⁴⁷ Véase, por ejemplo, [E/C.19/2013/20](#).

