



Consejo de Derechos Humanos**24º período de sesiones**

Tema 5 de la agenda

Órganos y mecanismos de derechos humanos**Acceso a la justicia en la promoción y protección
de los derechos de los pueblos indígenas****Estudio del Mecanismo de expertos sobre los derechos de
los pueblos indígenas***Resumen*

En la resolución 21/24, el Consejo de Derechos Humanos solicitó al Mecanismo de expertos sobre los derechos de los pueblos indígenas que elaborara un estudio acerca del acceso a la justicia en la promoción y protección de los derechos de los pueblos indígenas. El presente estudio ofrece un panorama general de cómo se aplica a los pueblos indígenas el derecho a acceder a la justicia e incluye un análisis de su relación con los derechos de estos pueblos a la libre determinación, a la no discriminación y a la cultura. Examina cuestiones relativas al acceso a la justicia que afectan a las mujeres, los niños, los jóvenes y las personas con discapacidad pertenecientes a pueblos indígenas, así como la posibilidad de que los procesos para la verdad y la reconciliación promuevan el acceso de los pueblos indígenas a la justicia. El estudio concluye con la opinión N° 5 del Mecanismo de expertos.

Índice

| | <i>Párrafos</i> | <i>Página</i> |
|--|-----------------|---------------|
| I. Introducción..... | 1–2 | 3 |
| II. Acceso a la justicia para los pueblos indígenas..... | 3–7 | 3 |
| III. Acceso a la justicia con arreglo al derecho internacional..... | 8–18 | 4 |
| A. Reconocimiento jurídico y vías de recurso..... | 11–15 | 5 |
| B. Jurisprudencia regional en materia de derechos humanos..... | 16–18 | 6 |
| IV. Relación entre el acceso a la justicia y otros derechos de los pueblos indígenas.... | 19–31 | 7 |
| A. Libre determinación..... | 19–23 | 7 |
| B. No discriminación..... | 24–27 | 8 |
| C. Derechos culturales..... | 28–31 | 9 |
| V. Esferas fundamentales para hacer progresar el derecho de los pueblos indígenas a tener acceso a la justicia..... | 32–48 | 9 |
| A. Promoción del acceso a la justicia a través de los tribunales nacionales..... | 32–34 | 9 |
| B. Cuestiones relativas a los derechos de los pueblos indígenas a las tierras, los territorios y los recursos..... | 35–40 | 10 |
| C. Cuestiones relativas a la administración de justicia penal en relación con los pueblos indígenas..... | 41–48 | 11 |
| VI. Sistemas jurídicos de los pueblos indígenas..... | 49–61 | 13 |
| A. Reconocimiento internacional y nacional de los sistemas de justicia de los pueblos indígenas..... | 53–57 | 14 |
| B. Establecimiento de vínculos entre los sistemas de justicia de los pueblos indígenas y los sistemas de justicia estatales..... | 58–61 | 15 |
| VII. Acceso de determinados grupos a la justicia..... | 62–77 | 16 |
| A. Mujeres..... | 62–65 | 16 |
| B. Niños y jóvenes indígenas..... | 66–70 | 17 |
| C. Personas indígenas con discapacidad | 71–77 | 18 |
| VIII. Acceso a la justicia, verdad y reconciliación y pueblos indígenas..... | 78–100 | 20 |
| A. Pueblos indígenas y procesos de justicia de transición..... | 78–85 | 20 |
| B. Comisiones de la verdad..... | 86–89 | 21 |
| C. Dificultades en la búsqueda de la verdad para hacer frente a las injusticias sufridas por los pueblos indígenas..... | 90–95 | 22 |
| D. Formas en que las comisiones de la verdad pueden abordar eficazmente los derechos y los motivos de preocupación de los pueblos indígenas..... | 96–100 | 23 |
| Anexo | | |
| Expert Mechanism advice No. 5 (2013): Access to justice in the promotion and protection of the rights of indigenous peoples..... | | 25 |

I. Introducción

1. En su resolución 21/24, el Consejo de Derechos Humanos solicitó al Mecanismo de expertos sobre los derechos de los pueblos indígenas que elaborara un estudio acerca del acceso a la justicia en la protección y promoción de los derechos de los pueblos indígenas y lo presentara al Consejo de Derechos Humanos en su 24º período de sesiones.

2. El Mecanismo de expertos hizo un llamamiento a los Estados, los pueblos indígenas, los agentes no estatales, las instituciones nacionales de derechos humanos y otros interesados para que presentasen comunicaciones que contribuyeran a la elaboración del estudio. Las comunicaciones recibidas están a disposición del público, en los casos en que se obtuvo permiso para ello, en el sitio web del Mecanismo de expertos¹. Otras contribuciones al estudio fueron las del seminario de expertos sobre el acceso de los pueblos indígenas a la justicia, incluidos los procesos para la verdad y la reconciliación, celebrado del 27 de febrero al 1 de marzo de 2013 y organizado por la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, el Instituto para el Estudio de los Derechos Humanos de la Universidad de Columbia y el Centro Internacional para la Justicia Transicional. El Mecanismo de expertos agradece la información recibida y la toma en consideración.

II. Acceso a la justicia para los pueblos indígenas

3. El acceso a la justicia requiere la posibilidad de solicitar y obtener recursos por los agravios sufridos, a través de instituciones de justicia formales o informales, de conformidad con las normas de derechos humanos². Dicho acceso es fundamental para la protección y promoción de todos los demás derechos humanos. Las Naciones Unidas se han comprometido a adoptar todas las medidas necesarias para que todas las personas puedan acceder a la justicia³.

4. El acceso a la justicia tiene una importancia particular "en vista de la gravedad de los problemas que enfrentan los pueblos indígenas, incluida su discriminación en los sistemas de justicia penal, en particular la de las mujeres y los jóvenes indígenas. El hecho de que los pueblos indígenas estén sobrerrepresentados en la población carcelaria es un problema de alcance mundial"⁴. El tema plantea cuestiones tanto de equidad procesal como de justicia sustantiva, lo que incluye recursos justos, imparciales y equitativos por la vulneración de los derechos humanos. El acceso a la justicia no puede examinarse de manera aislada respecto de otras cuestiones relativas a los derechos humanos, como la discriminación estructural, la pobreza, la falta de acceso a la salud y la educación, y el hecho de que no se reconozcan los derechos a la cultura y a las tierras, los territorios y los recursos.

5. De conformidad con el derecho a la libre determinación, los pueblos indígenas deben tener acceso a la justicia a nivel externo, de los Estados, e interno, a través de los

¹ Véase www.ohchr.org/EN/Issues/IPeoples/EMRIP/Pages/AccessToJustice.aspx.

² Véanse, por ejemplo, la Observación general N° 31 (2004) del Comité de Derechos Humanos sobre la índole de la obligación jurídica general impuesta a los Estados partes en el Pacto, y los Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y de violaciones graves del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones (resolución 60/147 de la Asamblea General, de 16 de diciembre de 2005, anexo).

³ Véase la resolución 67/1 de la Asamblea General.

⁴ Informe del Mecanismo de expertos sobre su quinto período de sesiones (A/HRC/21/52), pág. 4.

sistemas consuetudinarios y tradicionales indígenas⁵, y deben tener acceso a la justicia tanto de manera individual como colectiva.

6. Una dimensión particular del acceso a la justicia tiene que ver con la superación de las injusticias y la discriminación históricas de que han sido objeto los pueblos indígenas durante largo tiempo, entre otras cosas a raíz de la colonización y de haber sido desposeídos de sus tierras, territorios y recursos. Las injusticias cometidas en el pasado que siguen sin resarcirse constituyen una permanente afrenta a la dignidad del grupo, lo que contribuye a mantener la desconfianza hacia los responsables, especialmente cuando es el Estado el que reclama su autoridad sobre los pueblos indígenas como resultado de ese mismo agravio histórico.

7. El daño asociado a las injusticias históricas sigue manifestándose en la actualidad y, por lo tanto, debe tenerse en cuenta. Muchas de las dificultades a las que se enfrentan hoy día los pueblos indígenas tienen su origen en agravios pasados.

III. Acceso a la justicia con arreglo al derecho internacional

8. Debido a que se trata del instrumento internacional más completo sobre los derechos de los pueblos indígenas, la Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas es el principal punto de partida para cualquier examen de los derechos individuales y colectivos de estos pueblos, incluido el derecho a acceder a la justicia. La disposición general de la Declaración referida a las vías de recurso, que es uno de sus componentes fundamentales, figura en su artículo 40:

Los pueblos indígenas tienen derecho a procedimientos equitativos y justos para el arreglo de conflictos y controversias con los Estados u otras partes, y a una pronta decisión sobre esas controversias, así como a una reparación efectiva de toda lesión de sus derechos individuales y colectivos. En esas decisiones se tendrán debidamente en consideración las costumbres, las tradiciones, las normas y los sistemas jurídicos de los pueblos indígenas interesados y las normas internacionales de derechos humanos.

9. La Declaración es un instrumento cuyo objetivo es que se haga justicia y constituye un importante marco fundacional para hacer efectivos los derechos de los pueblos indígenas. Su aplicación puede servir de apoyo para lograr el acceso de los pueblos indígenas a la justicia.

10. Las numerosas disposiciones pertinentes de la Declaración incluyen el derecho a mecanismos efectivos de prevención y reparación en relación con, entre otras cosas: la denegación de los derechos culturales, la enajenación de tierras, territorios y recursos y la asimilación e integración forzadas (art. 8, párr. 2); la reparación por medio de mecanismos eficaces respecto de los bienes culturales, intelectuales, religiosos o espirituales de que hayan sido privados sin su consentimiento libre, previo e informado (art. 11, párr. 2); la reparación justa y equitativa cuando hayan sido desposeídos de sus medios de subsistencia y desarrollo (art. 20); los procesos para reconocer y adjudicar los derechos de los pueblos indígenas en relación con sus tierras, territorios y recursos (art. 27); el derecho a reparación respecto de las tierras, territorios y recursos que hayan sido confiscados, tomados, ocupados, utilizados o dañados sin su consentimiento libre, previo e informado (art. 28); mecanismos eficaces para la reparación en relación con el desarrollo, la utilización o la explotación de recursos minerales, hídricos o de otro tipo (art. 32, párr. 3); el derecho a desarrollar y mantener sus estructuras institucionales, entre otras cosas, y sus costumbres o

⁵ Relator Especial sobre los derechos de los pueblos indígenas, en la mesa redonda del Consejo de Derechos Humanos sobre el acceso de los pueblos indígenas a la justicia, 18 de septiembre de 2012.

sistemas jurídicos (art. 34); el reconocimiento, la observancia y la aplicación de los tratados (art. 37); y el acceso a una pronta decisión mediante procedimientos y recursos respecto de las vulneraciones de los derechos individuales y colectivos de los pueblos indígenas (art. 40). Muchas disposiciones establecen la reparación por agravios históricos, como por ejemplo el artículo 28.

A. Reconocimiento jurídico y vías de recurso

11. Las disposiciones de la Declaración deberían orientar la interpretación de los tratados internacionales de derechos humanos en relación con el acceso de los pueblos indígenas a la justicia. Entre los elementos del acceso a la justicia se cuentan el derecho a un recurso efectivo, la equidad en el procedimiento y la necesidad de que los Estados adopten medidas positivas para permitir dicho acceso.

12. La Declaración es coherente con la forma en que se define el derecho de los pueblos indígenas a acceder a la justicia en el Convenio N° 169 (1989) de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes, y amplía dicha definición. El Convenio incluye, entre otros, el derecho de estos pueblos a acceder a procedimientos legales para proteger sus derechos humanos (art. 12) y a mantener sus propias costumbres e instituciones (art. 8). El Convenio también exige que, cuando se apliquen leyes nacionales a los pueblos indígenas, se tomen en consideración sus costumbres y su derecho consuetudinario (art. 8) y se instituyan los procedimientos adecuados para solucionar las reivindicaciones de tierras (art. 14).

13. El derecho a un recurso y los derechos conexos procesales y sustantivos que resultan esenciales para garantizar dicho recurso están protegidos en una gran variedad de instrumentos internacionales⁶. Los órganos creados en virtud de tratados de las Naciones Unidas han concluido que, al establecer disposiciones referidas a los recursos, estas deben adaptarse a la especial vulnerabilidad de determinados grupos de personas⁷. Además, si no se conceden reparaciones, no se ha cumplido la obligación de ofrecer vías de recurso⁸. Las reparaciones pueden adoptar la forma de medidas de restitución, rehabilitación u otras, tales como disculpas públicas, conmemoraciones públicas, garantías de no repetición y cambios en las leyes y prácticas pertinentes, así como el sometimiento a la justicia de los autores de vulneraciones de los derechos humanos⁹. El Mecanismo de expertos recomendó en una ocasión anterior que, al ofrecer reparación a los pueblos indígenas por las consecuencias negativas de las leyes y políticas estatales, los Estados dieran prioridad a la opinión de dichos pueblos sobre las formas de reparación adecuadas (A/HRC/21/53, párr. 23).

14. El derecho a la igualdad ante los tribunales exige la equidad procesal, lo que incluye, en el caso de quienes son objeto de acusaciones penales, el ser informado de dichas acusaciones con prontitud y de la forma adecuada en un idioma apropiado, la comunicación con un abogado de propia elección y la asistencia gratuita de un intérprete. En particular, se han de adoptar medidas para asegurar que los pueblos indígenas comprendan y sean

⁶ Como el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Los órganos creados en virtud de tratados de derechos humanos han destacado la necesidad de tener acceso a recursos efectivos para garantizar la efectividad de muchos derechos humanos. Véase, por ejemplo, la Observación general N° 9 (1998) del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; y la comunicación N° 18/2008, dictamen aprobado el 16 de julio de 2010, del Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer.

⁷ Observación general N° 31 (2004) del Comité de Derechos Humanos, párr. 15.

⁸ *Ibid.*, párr. 16; Recomendación general N° 28 (2010) del Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, párr. 32.

⁹ Observación general N° 31 del Comité de Derechos Humanos, párr. 16.

comprendidos en los procedimientos judiciales¹⁰. El acceso a la asistencia jurídica, incluido el recurso a un abogado, suele ser esencial para acceder a los tribunales, y tanto el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos como la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial, según han sido interpretados por sus órganos de tratados respectivos, incluyen el derecho a un abogado en las causas civiles y penales¹¹.

15. En virtud del derecho internacional, los Estados deben adoptar medidas positivas para que se hagan efectivos los derechos humanos mediante, entre otras cosas, la eliminación de las barreras económicas, sociales y culturales que dificultan el acceso a la justicia¹². Además de la adopción de medidas legislativas, se pueden adoptar también medidas administrativas, financieras, educativas y sociales¹³, ofrecer recursos judiciales¹⁴ y establecer comisiones nacionales u otros órganos apropiados¹⁵. El Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales ha determinado que las medidas positivas que deben adoptar los Estados en relación con la efectividad de los derechos económicos, sociales y culturales incluyen hacer accesibles y asequibles los recursos apropiados y establecer cauces adecuados para la reparación, como tribunales o mecanismos administrativos a los que todos tengan acceso en pie de igualdad, sobre todo los hombres y mujeres más pobres, desfavorecidos y marginados¹⁶. En vista de los abusos sufridos a lo largo de la historia por los pueblos indígenas, la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial es de particular interés, ya que reconoce la necesidad de adoptar medidas especiales para hacer frente a la discriminación.

B. Jurisprudencia regional en materia de derechos humanos

16. El derecho a un recurso figura en convenciones regionales de derechos humanos tales como la Convención Americana sobre Derechos Humanos y el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos y de las Libertades Fundamentales. La Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos dispone que todo individuo tiene derecho a que sea visto su caso, lo que exige necesariamente que se proporcione un recurso. La Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha pedido a los Estados que adopten medidas positivas para eliminar los obstáculos que dificultan el acceso a la justicia¹⁷.

17. Los pueblos indígenas han solicitado el amparo de la justicia invocando el derecho internacional y otros procesos asociados, especialmente en marcos de derechos humanos. Los órganos creados en virtud de tratados internacionales de derechos humanos han ido creando jurisprudencia en materia de dichos derechos para ofrecer justicia sustantiva a los pueblos indígenas y darles más puntos de acceso a la justicia.

¹⁰ Convenio N° 169 de la OIT, art. 12.

¹¹ Véanse la Observación general N° 32 (2007) del Comité de Derechos Humanos y la Recomendación general N° 31 (2005) del Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial.

¹² Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, art. 2, párr. 2; Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, art. 2, párr. 1; Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, art. 2; Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, art. 4.

¹³ Observación general N° 3 (1990) del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, párr. 7.

¹⁴ *Ibid.*, párr. 5.

¹⁵ Recomendación general N° 17 (1993) del Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial, párr. 1.

¹⁶ Observación general N° 16 (2005) del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, párr. 21.

¹⁷ Véase Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *El acceso a la justicia como garantía de los derechos económicos, sociales y culturales* (OEA/Ser.L/V/II. 129 Doc4, 2007).

18. Constituyen ejemplos positivos de jurisprudencia internacional en materia de derechos humanos las decisiones que amplían la protección nacional de los derechos de los pueblos indígenas¹⁸. Entre ellas se cuentan la decisión de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el *Caso del Pueblo Saramaka c. Suriname* y la de la Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos en la causa *Centro para el Desarrollo de los Derechos de las Minorías (Kenya) y Minority Rights Group International en nombre del Endorois Welfare Council c. Kenya*. Estos ejemplos sientan una base para que los pueblos indígenas puedan emprender futuras acciones. Como se señaló sobre el caso *Saramaka*, se trata de una plataforma de identidad, constituida por el reconocimiento oficial (los saramakas son titulares de derechos indígenas internacionales) y por el reconocimiento sustantivo (poseen el título sobre su territorio y derechos a participar, compartir los recursos y disponer de evaluaciones de impacto)¹⁹.

IV. Relación entre el acceso a la justicia y otros derechos de los pueblos indígenas

A. Libre determinación

19. El derecho a la libre determinación es un derecho fundamental para los pueblos indígenas del que se derivan todos los demás derechos. En relación con el acceso a la justicia, la libre determinación afirma el derecho de estos pueblos a mantener y reforzar las instituciones jurídicas indígenas y a aplicar sus propias costumbres y leyes.

20. Al mismo tiempo, los pueblos indígenas tienen derecho "a participar plenamente, si lo desean, en la vida política, económica, social y cultural del Estado"²⁰. El derecho a la libre determinación exige a este respecto el reconocimiento de la legitimación de los pueblos indígenas como colectivos, y la de sus instituciones de representación, para obtener reparación en los foros apropiados²¹. Además, en estos casos, los recursos deben presentarse de forma colectiva.

1. Obstáculos

21. Los pueblos indígenas se han topado con dificultades importantes para conseguir el respeto internacional y nacional de su libre determinación, debido en parte al miedo de los Estados a que este reconocimiento pudiera socavar sus propias formas de autoridad estatal de tipo jurídico, económico, cultural o de otro tipo.

22. El Mecanismo de expertos es sabedor de la reclamación que llevan formulando desde antiguo los pueblos indígenas en el sentido de que carecen de legitimación, por ejemplo en calidad de Estados ante la Corte Internacional de Justicia, para presentar denuncias relativas a la pérdida de soberanía y de libre determinación con arreglo al

¹⁸ Seminario sobre el acceso a la justicia: Patrick Macklem.

¹⁹ "Cuanta más atención se preste y más específicas sean las descripciones que ofrezca el derecho internacional de los cambios que es necesario introducir en la legislación nacional, mejor traducirá la intervención de los derechos humanos internacionales y los derechos indígenas relativamente abstractos en derechos concretos y reconocidos en el ordenamiento jurídico interno en cuestión de un modo programático, y más firme será el fundamento que una decisión jurídica internacional proporcionará a la movilización política indígena." (*Ibid.*)

²⁰ Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas, art.

²¹ 5. Véase, por ejemplo, la comunicación de Natural Justice: Lawyers for Communities and the Environment.

derecho internacional o para hacer cumplir tratados concertados entre pueblos indígenas y Estados.

2. Soluciones

23. Para tratar los casos de no reconocimiento, hay que remitirse a la jurisprudencia de todos los niveles en la que se ha reconocido la personalidad jurídica colectiva de los pueblos indígenas y sus comunidades²². Otra solución que se señaló es la elaboración de un "protocolo facultativo" voluntario de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas²³. Cabe destacar que el proyecto de declaración americana sobre los derechos de los pueblos indígenas incluye una disposición por la que, cuando no se puedan resolver las controversias relativas a tratados, acuerdos y otros arreglos constructivos, estas serán sometidas a los órganos competentes, que podrán ser órganos regionales o internacionales, por los Estados o por los pueblos indígenas²⁴.

B. No discriminación

24. La norma imperativa de no discriminación, pilar fundamental del derecho internacional de los derechos humanos, exige que los pueblos indígenas tengan acceso a la justicia en condiciones de igualdad con la población en general.

1. Obstáculos

25. En todas las regiones, frecuentemente como resultado de la discriminación estructural, los pueblos indígenas tienen una probabilidad desproporcionadamente mayor de vivir en precarias condiciones económicas y sociales, que incluyen la pobreza y la falta de acceso en pie de igualdad a servicios de educación y de salud, empleo, formación profesional y vivienda en condiciones adecuadas. Estos factores contribuyen a los problemas sociales que afectan a los pueblos indígenas, como el alcoholismo y la violencia, los cuales influyen directamente en el acceso de estos pueblos a la justicia, y en la idoneidad de los servicios de justicia que reciben. Todos ellos son factores que afectan a la capacidad de las personas y los pueblos indígenas de lograr el acceso a la justicia.

26. Entre las dificultades se encuentran también las leyes y prácticas discriminatorias, la falta de financiación necesaria para reclamar el amparo judicial, incluida la asistencia jurídica²⁵, el número insuficiente de jueces y abogados indígenas, y los prejuicios de que son objeto los pueblos y las personas indígenas que se ven inmersos en procedimientos judiciales.

2. Soluciones

27. Los Estados deben ofrecer vías de recurso, reparación y, en su caso, disculpas públicas, conmemoraciones públicas y garantías de que no se repetirán las vulneraciones del derecho de los pueblos indígenas a no ser objeto de discriminación²⁶.

²² Por ejemplo, la Recomendación general N° 23 (1997) del Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial.

²³ Seminario sobre el acceso a la justicia: Dalee Sambo.

²⁴ Consejo Permanente de la Organización de los Estados Americanos, "Registro del estado actual del proyecto de declaración americana sobre los derechos de los pueblos indígenas" (OEA/Ser.K/XVI, GT/DADIN/doc.334/08 rev.7), mayo de 2012.

²⁵ Véanse, por ejemplo, las observaciones finales del Comité de Derechos Humanos sobre Australia (CCPR/C/AUS/CO/5).

²⁶ Recomendación general N° 28 del Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, párr. 32.

C. Derechos culturales

28. Los derechos culturales de los pueblos indígenas incluyen el reconocimiento y la práctica de sus sistemas de justicia (A/HRC/21/53, párr. 21), así como el reconocimiento de sus costumbres, valores e idiomas tradicionales en los tribunales y los procedimientos jurídicos²⁷. Los derechos culturales están interrelacionados con el derecho a la libre determinación de los pueblos indígenas y, por consiguiente, al acceso a la justicia, como se recoge en numerosas disposiciones de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas, específicamente en los artículos 8, 11, 12, 13, 15, 25, 31 y 36.

1. Obstáculos

29. Es frecuente que los derechos culturales no estén reconocidos. Por ejemplo, en el caso de los derechos lingüísticos, las dificultades incluyen la falta de intérpretes bilingües y de capacitación en los idiomas indígenas para informar a los ciudadanos sobre los mecanismos que facilitan el acceso a la justicia²⁸. Un estudio realizado en Guatemala en 2012 concluyó que la mayoría de los reclusos indígenas de determinadas prisiones no habían recibido servicios jurídicos en un idioma apropiado ni información en idiomas indígenas sobre su detención²⁹.

2. Soluciones

30. Cabe citar como ejemplos positivos las medidas para asegurar el uso de idiomas indígenas en los tribunales³⁰ y la capacitación de funcionarios sobre la historia, las tradiciones jurídicas y las costumbres indígenas³¹.

31. Un ejemplo notable de la labor realizada para velar por que se imparta una justicia que tenga en cuenta los aspectos culturales es el Tribunal Cree, un tribunal de segunda instancia que entiende de asuntos penales y de protección de la infancia establecido por el Tribunal Provincial de Saskatchewan (Canadá). El Tribunal Cree celebra audiencias total o parcialmente en el idioma cree y fomenta la participación de los dirigentes comunitarios en el sistema de justicia penal, reconociendo así la función que tiene la comunidad de apoyar tanto a las víctimas como al acusado. El Tribunal incorpora también en sus decisiones valores tradicionales más respetuosos de las diferencias culturales³².

V. Esferas fundamentales para hacer progresar el derecho de los pueblos indígenas a tener acceso a la justicia

A. Promoción del acceso a la justicia a través de los tribunales nacionales

32. En los planos nacional y regional, la litigación estratégica, la educación, la divulgación y la promoción pueden contribuir a mejorar el acceso a la justicia y la

²⁷ Véase la opinión N° 3 (2012) del Mecanismo de expertos.

²⁸ Véase, por ejemplo, el informe de la Relatora Especial sobre la independencia de los magistrados y abogados relativo a su misión a México (A/HRC/17/30/Add.3), párrs. 80 y 81.

²⁹ Procurador de los Derechos Humanos, "Los derechos humanos de personas indígenas privadas de libertad en el marco del pluralismo jurídico" (2012).

³⁰ Véanse, por ejemplo, las comunicaciones presentadas por Finlandia y Noruega.

³¹ Comunicación presentada por la Comisión de Derechos Humanos del Canadá.

³² Véase www.sasklawcourts.ca/index.php/home/provincial-court/cree-court-pc.

protección de los derechos de los pueblos indígenas³³. Un ejemplo de ello es el Programa Conjunto Maya de Guatemala, que trata de potenciar los derechos de las organizaciones indígenas para que reclamen el reconocimiento de sus derechos por la vía judicial. Incluía actividades de capacitación y se centraba en los casos relativos a los derechos indígenas sobre tierras y territorios, la educación intercultural bilingüe, la identidad y la promoción de los idiomas indígenas. Entre sus resultados positivos figura un fallo judicial por el que se restituyó la propiedad de 4.185 ha a la comunidad maya Kaqchikel de Chuarrancho, decisión que sienta una base jurídica para el reconocimiento de las tierras ancestrales y las formas de organización indígenas.

33. El Grupo de Trabajo sobre las poblaciones indígenas de la Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos señaló, en el contexto de un fallo favorable al pueblo benet en una causa que lo oponía al Gobierno de Uganda por el desalojo de dicho pueblo de sus tierras, que los litigios que se resuelven favorablemente para los pueblos indígenas contribuyen a ampliar los puntos de acceso de estos pueblos a la justicia y los alienta a reclamar sus derechos por la vía jurídica³⁴.

34. Existen medidas de apoyo para la participación de las víctimas en los juicios de la Corte Penal Internacional³⁵. El Mecanismo de expertos alienta a los pueblos indígenas a que, cuando proceda, consideren esta medida como una opción, junto con los principios de la jurisdicción universal.

B. Cuestiones relativas a los derechos de los pueblos indígenas a las tierras, los territorios y los recursos

35. La Declaración afirma que los Estados deben establecer y llevar a cabo procesos para reconocer y adjudicar los derechos de los pueblos indígenas a sus tierras, territorios y recursos (art. 27). La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha sostenido que los Estados deben otorgar a los pueblos indígenas un recurso efectivo y eficiente para resolver las reclamaciones sobre sus territorios ancestrales y que la omisión de este deber puede constituir una vulneración de los derechos a un juicio justo y a la protección judicial efectiva³⁶.

1. Obstáculos

36. Los pueblos indígenas se encuentran con dificultades para lograr un acceso adecuado a la justicia respecto de sus derechos sobre las tierras, los territorios y los recursos, especialmente cuando los Estados, propietarios privados, empresas u otros interesados reclaman su propiedad al respecto. Los problemas incluyen la falta de acceso a servicios jurídicos y la connivencia entre entidades del sector privado y los gobiernos para denegar a los pueblos indígenas el acceso a la justicia en relación con sus tierras³⁷. Cuando los pueblos indígenas ganan en los tribunales causas relativas a los derechos sobre las tierras, los Estados deben llevar a efecto esas decisiones.

37. Pese a que las empresas tienen la responsabilidad de respetar el derecho internacional de los derechos humanos, los pueblos indígenas tienen problemas para

³³ Abraham Korir Sing'Oei en la mesa redonda del Consejo de Derechos Humanos sobre el acceso a la justicia.

³⁴ Véase el informe del Grupo de Trabajo sobre las poblaciones/comunidades indígenas de la Comisión Africana relativo a la visita de investigación e información realizada a la República de Uganda (2006).

³⁵ Seminario sobre el acceso a la justicia: John Washburn.

³⁶ Véase el caso *Comunidad Indígena Yakye Axa c. el Paraguay*, sentencia de 17 de junio de 2005.

³⁷ Véase, por ejemplo, E/C.19/2007/CRP.6.

obtener reparación por las vulneraciones de los derechos humanos que cometen las empresas. Además, es posible que no existan mecanismos de reparación para problemas derivados de proyectos de desarrollo y del sector privado, lo que da lugar a que graves vulneraciones de los derechos humanos queden impunes³⁸.

38. Los dirigentes y los miembros de las comunidades indígenas han sufrido distintas formas de abusos, como el acoso, la violencia física y las ejecuciones extrajudiciales, en casos en que han apoyado campañas contra actividades comerciales en territorios indígenas³⁹. Además, en ocasiones se han iniciado procesos penales contra organizaciones indígenas que trataban de defender sus derechos, y los medios de comunicación acostumbran a caracterizar a los pueblos indígenas como delincuentes o incluso criminales.

2. Soluciones

39. Algunos Estados han establecido mecanismos específicos para investigar los derechos de los indígenas a la tierra, como la Ley por la que se crea el Tribunal de Reclamaciones Específicas del Canadá y la Comisión Finnmark de Noruega.

40. La Corte Interamericana de Derechos Humanos concluyó que, en caso de vulneración de los derechos a la tierra, la restitución es la forma ideal de reparación⁴⁰. En los casos en que se ha privado a los pueblos indígenas de las tierras y los territorios de que tradicionalmente eran dueños, o se han ocupado o utilizado esas tierras y territorios sin su consentimiento libre e informado, el Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial concluyó que el Estado debe adoptar medidas para la restitución de esas tierras y esos territorios. Únicamente cuando por razones concretas ello no sea posible, se sustituirá el derecho a la restitución por el derecho a una justa y pronta indemnización, la cual, en la medida de lo posible, deberá ser en forma de tierras y territorios⁴¹.

C. Cuestiones relativas a la administración de justicia penal en relación con los pueblos indígenas

41. Los datos disponibles indican que la representación de los pueblos indígenas en todo tipo de contacto con el sistema de justicia penal suele ser desproporcionadamente alta: los indígenas son más propensos a ser víctimas de delitos⁴², a menudo cometidos por agresores no indígenas, y tienen más probabilidad de tener contacto con la policía, ser acusados de delitos, ser condenados por ellos y recibir penas más severas⁴³.

³⁸ El Grupo de Trabajo sobre la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas presentará un informe a la Asamblea General en 2013 sobre la aplicación de los Principios Rectores sobre las empresas y los derechos humanos en el contexto de las actividades empresariales que afectan a los pueblos indígenas.

³⁹ Centro Asiático de Procedimientos de Recurso, en la mesa redonda del Consejo de Derechos Humanos sobre el acceso a la justicia.

⁴⁰ Véase el caso *Comunidad Indígena Sawhoyamaya c. el Paraguay*, sentencia de 29 de marzo de 2006.

⁴¹ Recomendación general N° 23 del Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial, párr. 5.

⁴² Por ejemplo, en los Estados Unidos de América, los nativos estadounidenses tiene más del doble de probabilidades que los miembros de la población general de ser víctimas de delitos violentos (Departamento de Justicia de los Estados Unidos, "American Indians and Crime: a BJS Statistical Profile, 1992-2002" (2004)).

⁴³ Véase, por ejemplo, Oficina del Investigador de Asuntos Penitenciarios del Canadá, "Spirit matters: aboriginal people and the Corrections and Conditional Release Act", 2012.

1. Obstáculos

42. Cuando los miembros de pueblos indígenas son víctimas de delitos, en algunos casos la respuesta es inadecuada, entre otras cosas como resultado de un apoyo estatal insuficiente para la realización de una labor policial adecuada⁴⁴, o por falta de imparcialidad en las fuerzas del orden⁴⁵. El acceso a la justicia puede verse obstaculizado cuando no hay fuerzas del orden o sus funcionarios no actúan adecuadamente, por ejemplo al no registrar las denuncias o no realizar investigaciones serias. En algunos casos, las autoridades estatales se niegan a emprender acciones judiciales cuando hay víctimas indígenas⁴⁶. Además, los indígenas víctimas también son menos propensos a denunciar los delitos cometidos contra ellos.

43. Los datos existentes indican que los índices de reclusión de las personas indígenas suelen ser desproporcionadamente altos. En Australia, por ejemplo, los adultos indígenas tienen 14 veces más probabilidades de ser encarcelados⁴⁷. Estas cifras revelan la existencia de discriminación en todas las etapas del proceso penal⁴⁸.

44. Durante la reclusión, las personas indígenas pueden tener más probabilidades de ser objeto de segregación y de ser confinadas en centros de máxima seguridad, y pueden estar reclusas en condiciones deficientes, con acceso insuficiente a los servicios básicos. Además, el encarcelamiento puede presentar dificultades particulares para ellas debido a la separación de su familia, comunidad y cultura.

45. Puede ocurrir que se cuestione la capacidad de las personas indígenas para participar efectivamente en los procesos penales nacionales, ya sea como víctimas o como acusados, a partir de una serie de factores culturales y socioeconómicos. Además, mientras no se corrijan los aspectos discriminatorios de las propias leyes penales y de su aplicación, el acceso a los sistemas de justicia por sí solo no será suficiente para garantizar el acceso a la justicia⁴⁹.

2. Soluciones

46. Muchas de estas desigualdades han sido tratadas por los órganos de tratados de derechos humanos de las Naciones Unidas. Por ejemplo, en relación con la administración de justicia, el Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial ha exhortado a los Estados a que garanticen la igualdad de acceso al sistema judicial a todas las comunidades, proporcionando asistencia jurídica, facilitando las reclamaciones colectivas y alentando a las organizaciones no gubernamentales a que defiendan los derechos de las comunidades; a que velen por que las autoridades y los funcionarios judiciales tengan en cuenta las salvaguardias de la Convención; y a que alienten a los miembros de las comunidades cuya condición se basa en consideraciones de ascendencia a hacerse policías y funcionarios de otros órganos de la justicia y del orden público⁵⁰. En las comunicaciones que presentaron

⁴⁴ Centro Asiático de Procedimientos de Recurso, mesa redonda del Consejo de Derechos Humanos (nota 39).

⁴⁵ Véase, por ejemplo, Foro Permanente par las Cuestiones Indígenas, "Misión a Bolivia: informe y recomendaciones" (2009).

⁴⁶ Gobierno de los Estados Unidos, Oficina de Rendición de Cuentas, "U.S. Department of Justice declinations of Indian country criminal matters" (13 de diciembre de 2010), pág. 3.

⁴⁷ Oficina de Estadística de Australia, "Prisoners in Australia", pág. 8. Puede consultarse en [www.ausstats.abs.gov.au/ausstats/subscriber.nsf/0/7B05CD44A0E2FC8ACA25795F000DBD0F/\\$File/45170_2011.pdf](http://www.ausstats.abs.gov.au/ausstats/subscriber.nsf/0/7B05CD44A0E2FC8ACA25795F000DBD0F/$File/45170_2011.pdf).

⁴⁸ Véase, por ejemplo, Moana Jackson, "The Maori and the criminal justice system" (1987).

⁴⁹ Comunicación presentada por el National Indian Youth Council (Estados Unidos), pág. 4.

al Mecanismo de expertos, varios Estados, entre ellos el Japón, Finlandia y Noruega, mencionaron medidas para ayudar a superar dichas desigualdades.

47. En cuanto a la imposición de penas, el derecho internacional establece que, cuando se impongan sanciones a personas indígenas, deberán tenerse en cuenta sus características económicas, sociales y culturales y habrá que dar preferencia a métodos de rehabilitación frente al encarcelamiento⁵¹. En algunos casos, los Estados han aprobado leyes o emprendido iniciativas en este sentido.

48. El Código Penal del Perú contiene varias disposiciones destinadas a garantizar que se tengan en cuenta los derechos culturales de los pueblos indígenas, como la reducción o exención de la pena en los casos en que la comisión del delito del que es acusado un indígena obedece a parámetros culturales diferentes⁵². En el Canadá, entre las medidas adoptadas para hacer frente a los altos niveles de encarcelamiento cabe citar los principios Gladue sobre imposición de penas, que tratan de resolver el problema de la representación excesiva de los indígenas en las cárceles, con arreglo a los cuales, los jueces, cuando deban determinar la pena adecuada para un infractor indígena, deben prestar, en la medida de lo posible, especial atención a las circunstancias particulares de los pueblos indígenas y a sus historias sociales⁵³.

VI. Sistemas jurídicos de los pueblos indígenas

49. Los sistemas de justicia tribal son diversos. En algunos casos, los sistemas de justicia indígenas emplean procesos contenciosos, mientras que en otros recurren a formas tradicionales de resolución de conflictos. Muchos tribunales indígenas aplican la ley escrita o derecho positivo, mientras que otros se guían por leyes, tradiciones y prácticas consuetudinarias no escritas que se transmiten principalmente mediante el ejemplo y a través de las enseñanzas orales⁵⁴. Los sistemas de justicia indígenas suelen reflejar fielmente las culturas y costumbres de los pueblos de que se trate, lo que contribuye a su legitimidad. En algunas culturas, las mujeres indígenas desempeñan una función importante, como es el caso de las mujeres naga en el nordeste de la India⁵⁵.

50. En muchos pueblos indígenas, las normas y leyes consuetudinarias que rigen las relaciones son aceptadas por considerarse correctas y provechosas para el establecimiento de relaciones y comunidades armoniosas⁵⁶. Los mecanismos de justicia consuetudinarios, por su pertinencia cultural, su disponibilidad y su proximidad, suelen ser más accesibles que los sistemas nacionales de los Estados.

51. A pesar del uso arraigado de dichos mecanismos de justicia tradicional, también puede haber problemas relacionados con su administración. Figuran entre ellos las dificultades para aplicar normas complejas que pueden variar considerablemente entre las

⁵⁰ Recomendación general N° 29 (2002) del Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial, párrs. 21, 22 y 24.

⁵¹ Convenio N° 169 de la OIT.

⁵² Comunicación presentada por el Perú.

⁵³ Véase Native Women's Association of Canada, "What is Gladue?", que puede consultarse en: www.nwac.ca. Los principios Gladue se han visto menoscabados por enmiendas legislativas recientes. Sin embargo, el Tribunal Supremo del Canadá reforzó recientemente los principios y amplió su ámbito de aplicación al legado de los internados (véase *R. v. Ipeelee*, sentencia de 23 de marzo de 2012).

⁵⁴ Véase, por ejemplo, Ada Pecos Melton, "Indigenous justice systems and tribal society", que puede consultarse en: www.aidainc.net/Publications/ij_systems.htm.

⁵⁵ Informe definitivo del Mecanismo de expertos relativo al Estudio sobre los pueblos indígenas y el derecho a participar en la adopción de decisiones (A/HRC/18/42), párr. 38.

⁵⁶ Seminario sobre el acceso a la justicia: Ramy Bulan.

diversas comunidades locales. También cabe citar los procesos en que se da preeminencia a las preocupaciones colectivas sobre los derechos individuales, como en el contexto de la violencia doméstica o sexual contra las mujeres y las niñas.

52. La justicia restaurativa se ha practicado de diversas formas en muchas regiones. A diferencia de muchas de las prácticas dominantes de la justicia penal, la justicia restaurativa suele centrarse en la reparación de los daños causados por hechos o actos delictivos y, en procura de este objetivo, en la participación de todos los afectados por el hecho, como las partes, las familias y los miembros de la comunidad. El propósito de la justicia restaurativa puede ir más allá del conflicto inmediato e incluir también la reparación de las relaciones entre los afectados. Las prácticas indígenas de justicia restaurativa han contribuido a los enfoques restaurativos en general, ofreciendo alternativas a los enfoques punitivos o de represalia⁵⁷.

A. Reconocimiento internacional y nacional de los sistemas de justicia de los pueblos indígenas

53. Los órganos de las Naciones Unidas, entre ellos los órganos de tratados de derechos humanos y los procedimientos especiales, así como los mecanismos regionales, han puesto de relieve la necesidad de reconocer en los ordenamientos jurídicos nacionales los mecanismos de justicia de los pueblos indígenas. En los informes de los procedimientos especiales, una de las prioridades esenciales ha sido el derecho de los pueblos indígenas a aplicar sus propios sistemas jurídicos⁵⁸. Entre las cuestiones que han suscitado preocupación cabe citar, por ejemplo, las restricciones impuestas a la competencia de las autoridades judiciales indígenas; la exigencia de formación jurídica formal impuesta a las personas que administran la justicia tradicional; la exigencia de acreditación como expertos impuesta a los ancianos; la subordinación de los sistemas de justicia indígenas a los sistemas de justicia ordinarios; y la falta de concienciación entre los funcionarios judiciales sobre el derecho de los pueblos indígenas a administrar su propia justicia (A/HRC/17/30/Add.3, párrs. 80 y 81).

54. El grado en que el Estado reconoce los sistemas de justicia indígenas y su competencia en asuntos penales también varía. A nivel nacional, algunos Estados reconocen oficialmente los sistemas de justicia tradicionales⁵⁹. En América Latina, muchos marcos constitucionales nacionales, entre ellos los de casi todos los países de la región andina⁶⁰, reconocen la competencia de las autoridades indígenas y su autoridad para aplicar las leyes consuetudinarias. La Ley de derechos humanos del Canadá establece que, en la aplicación de dicha Ley, tanto la Comisión y el Tribunal de Derechos Humanos del Canadá como los tribunales nacionales deben tener en cuenta las tradiciones jurídicas y las leyes consuetudinarias de las Primeras Naciones⁶¹.

55. Los pueblos indígenas a menudo siguen luchando para que se reconozcan sus instituciones y sistemas, como los sistemas jurídicos, las leyes tradicionales y los enfoques sobre la justicia. En algunos casos, las leyes consuetudinarias están reconocidas en la legislación, pero a menudo con restricciones, sujetas a limitaciones jurisdiccionales o a las denominadas cláusulas de incompatibilidad, que establecen que solo se reconocen las leyes

⁵⁷ *Ibid.*

⁵⁸ Véanse, por ejemplo, A/HRC/17/30/Add.3, así como Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial, observaciones finales sobre el Camerún (CERD/C/CMR/CO/15-18), párr. 17, y sobre Guatemala (CERD/C/GTM/CO/12-13), párr. 8.

⁵⁹ Véanse, por ejemplo, las comunicaciones presentadas por la República Bolivariana de Venezuela y el Perú.

⁶⁰ Colombia (1991), Perú (1993), Estado Plurinacional de Bolivia (1994, 2009), Ecuador (1998, 2008) y República Bolivariana de Venezuela (1999).

⁶¹ Comunicación presentada por la Comisión de Derechos Humanos del Canadá.

consuetudinarias cuando no entran en conflicto con las leyes nacionales⁶². Estas disposiciones menoscaban los sistemas jurídicos de los pueblos indígenas y los discriminan. Sin embargo, podría estar surgiendo una conciencia de la necesidad de una mayor autoridad tribal sobre los asuntos penales, como lo indica, por ejemplo, la aprobación en 2013 en los Estados Unidos de la nueva Ley sobre la violencia contra la mujer, que incluye disposiciones históricas que reducen las restricciones federales sobre la jurisdicción tribal y habilitan a las autoridades tribales de los nativos estadounidenses a enjuiciar a estadounidenses de origen no nativo por infracciones cometidas en tierras tribales.

56. En algunos casos los propios Estados impugnan las prácticas judiciales indígenas, a menudo basándose en el argumento de que los sistemas tradicionales son discriminatorios o incompatibles con las normas nacionales o internacionales. Es importante señalar que la Declaración exige el cumplimiento de las normas internacionales de derechos humanos, pero no incluye ninguna disposición similar con respecto a los sistemas nacionales⁶³.

57. Cuando, en relación con un mismo hecho, se acusa a un indígena conforme tanto a las leyes de su pueblo como al sistema de justicia estatal, el acusado corre el riesgo de ser procesado con arreglo a dos sistemas jurídicos. El problema se agrava cuando el sistema estatal no reconoce el sistema del pueblo indígena. En tales casos, debe darse primacía al sistema tribal.

B. Establecimiento de vínculos entre los sistemas de justicia de los pueblos indígenas y los sistemas de justicia estatales

58. Existen algunos ejemplos positivos de reconocimiento de los sistemas de justicia indígenas por los Estados y de cooperación con ellos. En Nueva Zelanda, donde los jóvenes maoríes constituyen el 20% de la población joven pero representan el 54% de los jóvenes que comparecen ante los tribunales⁶⁴, estos jóvenes pueden ser remitidos de la justicia convencional a los tribunales *marae*, con lo que se procura que vuelvan a conectarse con su cultura y se fomenta la participación significativa de las familias maoríes y sus tribus (*iwi*) en el proceso de justicia juvenil para contribuir a reducir el riesgo de reincidencia⁶⁵.

59. Tras estudiar los procesos de establecimiento de la paz practicados por la Nación Navajo y otras tribus en los Estados Unidos y el Canadá, el Center for Court Innovation, organización no gubernamental financiada con fondos federales, invitó a promotores de la paz por navajos a colaborar en la puesta en marcha de un programa de establecimiento de la paz por personas no indígenas en Red Hook, Brooklyn (Estados Unidos). En la actualidad, este programa aplica los principios del establecimiento de la paz a la resolución de conflictos⁶⁶.

60. En algunos casos, los Estados han procurado codificar las leyes consuetudinarias de los pueblos indígenas. En Groenlandia, hasta 2010, la justicia penal se administraba sobre la base de la Ley del Código Penal de 1954. Esta Ley se basaba en las percepciones de la justicia que tenían los indígenas groenlandeses, centradas en gran medida en la

⁶² Comunicación presentada por Natural Justice: Lawyers for Communities and the Environment.

⁶³ Alexandra Xanthaki, "The UN Declaration on the Rights of Indigenous Peoples and collective rights: what's in the future for indigenous women?" en Stephen Allen y Alexandra Xanthaki, eds., *Reflections on the UN Declaration on the Rights of Indigenous Peoples* (Oxford, Hart Publishing, 2011), pág. 413. Véase también Alexandra Xanthaki, "Multiculturalism and international law: discussing universal standards", *Human Rights Quarterly*, vol. 32, N° 1 (2010), pág. 40.

⁶⁴ Comunicación presentada por la Comisión de Derechos Humanos de Nueva Zelanda, Te Kahui Tika Tangata.

⁶⁵ *Ibid.*

⁶⁶ Véase www.courtinnovation.org/project/peacemaking-program.

rehabilitación. Como resultado de ello, Groenlandia no tenía prisiones convencionales sino instituciones más bien abiertas en las que, tras la imposición de la condena, el infractor debía residir y quizá someterse a tratamiento, al tiempo que aprovechaba oportunidades de empleo o de formación. A partir de 2010, entró en vigor en Groenlandia una ley de administración de la justicia nueva y revisada que, a pesar de mantener el principio de la rehabilitación, también permite condenar a los infractores de la legislación penal a cumplir condena en las denominadas instituciones semicerradas⁶⁷.

61. Sarawak, uno de los estados de Malasia, estableció el *Majlis Adat Isti Adat* (Consejo para la Preservación de las Costumbres) con el fin de preservar las costumbres nativas. A través de un proceso de consulta con los ancianos y miembros de las comunidades indígenas, el Consejo codificó el derecho consuetudinario, seleccionando las versiones que constituían una práctica común en todas las comunidades para garantizar así la credibilidad y la aceptabilidad. La codificación puede facilitar el establecimiento de vínculos entre el sistema de justicia del Estado y los sistemas tradicionales y producir beneficios, por ejemplo al conseguir que sistemas complejos sean accesibles y comprensibles para las generaciones más jóvenes y para la población en general. También puede contribuir a una mayor aceptación local de las decisiones adoptadas, por ejemplo, por los senados o consejos de ancianos. Al mismo tiempo, la codificación puede afectar a la naturaleza variable e informal de las leyes consuetudinarias originales y vigentes⁶⁸.

VII. Acceso de determinados grupos a la justicia

A. Mujeres

1. Obstáculos

62. La discriminación múltiple, la violencia estructural y la pobreza son algunas de las causas fundamentales de la falta de acceso de las mujeres indígenas a la justicia. Estas están desproporcionadamente representadas en el sistema de justicia penal y, en algunos casos, su número va en aumento. En el Canadá, por ejemplo, en 2010/11, las mujeres aborígenes constituían más del 31,9% de las mujeres encarceladas por el Gobierno federal, lo que representaba un aumento del 85,7% respecto de la década anterior⁶⁹. Cabe mencionar el informe *Breaking the Silence on Violence Against Indigenous Girls, Adolescents and Young Women* (Romper el silencio sobre la violencia contra las niñas, adolescentes y jóvenes indígenas), publicado recientemente y elaborado por el Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia, el Fondo de Población de las Naciones Unidas, la OIT, ONU-Mujeres y la Representante Especial del Secretario General sobre la violencia contra los niños.

63. En muchas regiones, las mujeres indígenas tropiezan con importantes obstáculos en todas las fases de la justicia penal. Se exponen a una mayor incidencia de la violencia, incluida la violencia sexual, y a un riesgo mayor de que sus derechos relacionados con la salud sexual y reproductiva sean vulnerados, incluido un mayor riesgo de contraer el VIH/SIDA en las cárceles. La capacidad de los sistemas de justicia indígenas para hacer frente a la violencia que sufren las mujeres indígenas se ve a veces limitada por las restricciones de competencia impuestas por el Estado. En algunos casos, también puede ser necesario que los sistemas de justicia tribal muestren más voluntad y refuercen su

⁶⁷ Seminario sobre el acceso a la justicia: Mille Sovndahl Pedersen.

⁶⁸ Seminario sobre el acceso a la justicia: Ramy Bulan.

⁶⁹ Oficina del Investigador de Asuntos Penitenciarios del Canadá, "Spirit matters" (nota 43), párr. 17.

capacidad de proteger a las mujeres y niñas indígenas contra la violencia⁷⁰. Por otra parte, en algunos casos, los sistemas de justicia tradicionales están dominados por los hombres⁷¹, y es posible que no traten adecuadamente el acceso de las mujeres indígenas a los recursos.

64. Cuando los sistemas de justicia tradicionales son incapaces de resolver el problema de la violencia contra las mujeres indígenas, estas tienen que recurrir al sistema de justicia nacional. Sin embargo, en algunos casos, se han denunciado abusos policiales, como el uso excesivo de la fuerza y la agresión física y sexual⁷², lo cual deja a las mujeres indígenas en una situación precaria, con pocas opciones para denunciar el maltrato de que son víctimas. En el caso de las personas que viven en regiones remotas, es posible que no haya agentes del orden para que atiendan a las denuncias o lleven a cabo una investigación inmediata, y que las mujeres no tengan acceso a los exámenes forenses que suelen utilizarse para reunir pruebas materiales en casos de violencia sexual.

2. Soluciones

65. El derecho internacional de los derechos humanos exige que los Estados adopten todas las medidas necesarias para garantizar la igualdad ante la ley⁷³. Los Estados también deben garantizar la igualdad de derechos de las mujeres a celebrar contratos y administrar bienes⁷⁴. El Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer ha observado con preocupación la escasez de mujeres, incluidas las indígenas⁷⁵, nombradas para ocupar puestos en la judicatura⁷⁶ y ha pedido que se lleven a cabo programas de capacitación sobre género destinados a los funcionarios judiciales⁷⁷. Además, el Comité ha observado que las leyes o costumbres que limitan el acceso de la mujer al asesoramiento jurídico o su capacidad para obtener reparación en los tribunales, o que dan menos importancia al testimonio de una mujer, infringen el derecho a la igualdad ante la ley⁷⁸.

B. Niños y jóvenes indígenas

1. Obstáculos

66. Aunque existen pocos datos sistemáticos sobre los jóvenes indígenas, las estadísticas indican que hay una proporción excesiva de ellos en todo el sistema de justicia⁷⁹. En su

⁷⁰ Informe de la reunión del grupo internacional de expertos, "Combatir la violencia contra las mujeres y las niñas indígenas" (E/C.19/2012/6), párr. 35.

⁷¹ Véase, por ejemplo, la comunicación presentada por el Asia Indigenous Peoples Pact.

⁷² Véase, por ejemplo, Human Rights Watch, "Those who take us away: abusive policing and failures in protection of indigenous women and girls in northern British Columbia, Canada" (2013).

⁷³ Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, art. 15.

⁷⁴ *Ibid.*

⁷⁵ Véase la comunicación N° 19/2008, dictamen aprobado el 28 de febrero de 2012, del Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer.

⁷⁶ Recomendación general N° 23 del Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer.

⁷⁷ Recomendación general N° 19 (1992) del Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, párr. 24 b).

⁷⁸ Recomendación general N° 21 (1994) del Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, párr. 8.

⁷⁹ Véase Foro Permanente de las Naciones Unidas para las Cuestiones Indígenas, nota conceptual presentada en la Reunión internacional de expertos sobre niños y jóvenes indígenas detenidos, encarcelados, adoptados y en hogares de acogida (2009), pág. 3. Puede consultarse en <http://social.un.org/index/IndigenousPeoples/MeetingsandWorkshops/EGM2010IndigenousChildrenandYouth.aspx>.

Observación general N° 11 (2009), el Comité de los Derechos del Niño observó con preocupación tales índices de encarcelamiento desproporcionadamente altos, señalando que, en algunos casos, estos pueden atribuirse a una discriminación sistémica en el sistema judicial o en la sociedad (párr. 74).

67. Los jóvenes indígenas pueden ser más propensos a ser detenidos como consecuencia de leyes con efectos discriminatorios, como las leyes sobre la violación del toque de queda y de "obligación de circular", que afectan desproporcionadamente a los jóvenes indígenas, los cuales, dados sus reducidos niveles de propiedad, utilizan en mayor medida el espacio público como espacio cultural y para reunirse y socializar⁸⁰. Una vez encarcelados, los jóvenes indígenas pueden ser menos propensos a beneficiarse de las alternativas a la privación de libertad o de medidas de justicia restaurativa, y tener más probabilidades de ser objeto de medidas más punitivas⁸¹ y de tratos más severos, como el de ser confinados en reclusión de seguridad⁸².

2. Soluciones

68. El Comité de los Derechos del Niño ha exhortado a los Estados a que adopten medidas para hacer frente a los delitos cometidos por menores sin recurrir a procedimientos judiciales, siempre que sea posible, y también a que apoyen los sistemas tradicionales de justicia restaurativa siempre que promuevan el interés superior del niño⁸³. También los ha exhortado a que desarrollen sistemas de justicia juvenil en consulta con los pueblos indígenas y, además, ha señalado la necesidad de que en la justicia juvenil se brinde acceso a servicios en que se tenga debidamente en cuenta la cultura de los indígenas⁸⁴.

69. Ya están aplicándose algunas medidas apropiadas. Por ejemplo, el Mecanismo de expertos recibió información sobre el sistema judicial basado en las *marae* (Nueva Zelanda) descrito anteriormente. En relación con los jóvenes encarcelados, las dependencias destinadas a los maoríes se proponen reducir el riesgo de reincidencia, entre otros medios ayudando a los participantes en sus programas a comprender y valorar su cultura maorí y a entender cómo esta influye en ellos mismos, en sus familias y en sus comunidades.

70. El Mecanismo de expertos también ha recibido información sobre la importancia de que los jóvenes indígenas, que pueden sufrir la violencia sistémica sin entender sus causas históricas y relacionadas con las políticas, sean incluidos en los procesos de búsqueda de la verdad. Dicha participación puede ayudar a los jóvenes a formar parte de procesos más amplios de búsqueda de la justicia. De ese modo se podrían validar las experiencias de los ancianos que han sobrevivido a injusticias y abusos históricos⁸⁵.

⁸⁰ Comunicación presentada por National Aboriginal and Torres Strait Islander Legal Services.

⁸¹ Véase Christopher Hartney, "Native American youth and the juvenile justice system", *Views from the National Council on Crime and Delinquency* (2008).

⁸² Véase, por ejemplo, Terry L. Cross, "Native Americans and juvenile justice: a hidden tragedy", *Poverty & Race*, vol. 17, N° 6 (noviembre/diciembre de 2008).

⁸³ Observación general N° 11 del Comité de los Derechos del Niño, párrs. 74 y 75.

⁸⁴ *Ibid.*, párr. 75.

⁸⁵ Seminario sobre el acceso a la justicia: Centro Internacional para la Justicia Transicional.

C. Personas indígenas con discapacidad

1. Obstáculos

71. Las personas indígenas con discapacidad experimentan múltiples formas de discriminación a causa de su condición de indígenas y también por su discapacidad, y suelen tropezar con obstáculos para el pleno disfrute de sus derechos.

72. Las personas indígenas con discapacidad se enfrentan a importantes obstáculos, como la inaccesibilidad física de los tribunales nacionales o tradicionales. En relación con el derecho de familia, los padres indígenas con discapacidad pueden tener más probabilidades de que se les retire la custodia de sus hijos⁸⁶.

73. Aunque los datos son escasos, la información disponible sugiere que los índices de encarcelamiento de las personas indígenas con discapacidad también son desproporcionadamente altos⁸⁷. Existen preocupaciones con respecto al trato de que son objeto en las cárceles, donde, entre otros problemas⁸⁸, pueden carecer de acceso a los servicios necesarios, como la asistencia psicológica y psiquiátrica⁸⁹.

74. La representación desproporcionada de las personas indígenas que sufren una discapacidad relacionada con la salud mental entre la población reclusa hace temer que las personas indígenas con enfermedades mentales o discapacidad intelectual o cognitiva no estén recibiendo la atención necesaria. Esto afecta a otros derechos humanos, como el acceso a servicios adecuados de salud, vivienda y atención y apoyo. También apunta a la necesidad de aumentar la capacitación y la sensibilización de los funcionarios del sistema judicial en relación con las discapacidades mentales, como el síndrome de alcoholismo fetal⁹⁰.

2. Soluciones

75. La Declaración establece que se deberá prestar particular atención a los derechos y necesidades especiales de las personas indígenas con discapacidad (arts. 21 y 22). La situación de las personas con discapacidad que son víctimas de múltiples formas de discriminación se trata en la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, que establece que los Estados partes deberán garantizar el acceso efectivo a la justicia de las personas con discapacidad en igualdad de condiciones con los demás (art. 13).

76. El Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad se ha referido en sus observaciones finales a la situación de las personas indígenas con discapacidad y su acceso a la justicia. Sus observaciones pertinentes hasta la fecha se han centrado en

⁸⁶ Para más información, véase Women Enabled, carta al Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer de fecha 1 de febrero de 2013. Puede consultarse en www.womenenabled.org/pdfs/Feb2013_CEDAW.pdf.

⁸⁷ Comunicación presentada por National Aboriginal and Torres Strait Islander Legal Services, citando a Edward Heffernan y otros, "Prevalence of mental illness among Aboriginal and Torres Strait Islander people in Queensland prisons" (2012).

⁸⁸ Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito, *Manual sobre reclusos con necesidades especiales*, págs. 44 y ss. (2009).

⁸⁹ Véase, por ejemplo, Comité Europeo para la Prevención de la Tortura y de las Penas o Tratos Inhumanos o Degradantes, informe sobre su visita a Groenlandia (CPT/Inf (2013) 3), pág. 9.

⁹⁰ Comunicación presentada por National Aboriginal and Torres Strait Islander Legal Services.

garantizar la igualdad y la no discriminación⁹¹, la importancia de los datos y estadísticas desglosados⁹² y la necesidad de tomar en consideración la situación de los niños indígenas⁹³.

77. Asimismo, los sistemas indígenas y estatales deben velar por que sus sistemas sean accesibles para las personas indígenas con discapacidad (ofreciendo interpretación a la lengua de señas, haciendo sus dependencias accesibles y facilitando información en formatos alternativos). El sistema de las Naciones Unidas puede asegurar la accesibilidad de sus sitios web y sus informes aplicando directrices de accesibilidad a sus contenidos web (normas WCAG) y publicando sus documentos en formato Microsoft Word. A este respecto resulta esclarecedor el informe titulado "Estudio sobre la situación de las personas indígenas con discapacidad, con especial atención a los desafíos que enfrentan respecto del pleno disfrute de los derechos humanos y la inclusión en el desarrollo", elaborado por el Foro Permanente para las Cuestiones Indígenas⁹⁴.

VIII. Acceso a la justicia, verdad y reconciliación y pueblos indígenas

A. Pueblos indígenas y procesos de justicia de transición

78. Una vía que habría que estudiar para que los pueblos indígenas tengan acceso a la justicia son los procesos y mecanismos asociados con la justicia de transición, que tienen que ver con la forma en que las sociedades que salen de un conflicto o un régimen represivo hacen frente a un legado de violaciones de los derechos humanos.

79. Los objetivos inherentes a la justicia de transición y las medidas aplicadas para su logro pueden estar en consonancia con los objetivos y las concepciones de los pueblos indígenas sobre los medios adecuados para lograr a largo plazo la justicia y la paz. Los procesos y los mecanismos de justicia de transición que se ajustan a las normas y los estándares internacionales de derechos humanos deben procurar tener en cuenta las causas profundas de los conflictos y hacer frente a las vulneraciones conexas de todos los derechos. En el caso de los pueblos indígenas, ello abarca las vulneraciones de los derechos humanos que surgen de las situaciones de conflicto, donde a menudo dichos pueblos destacan entre las poblaciones víctimas, así como los agravios por la pérdida de la soberanía, las tierras, los territorios y los recursos de los pueblos indígenas y la vulneración de tratados, acuerdos y otros arreglos constructivos entre esos pueblos y los Estados, así como su experiencia colectiva de la colonización.

80. La normativa internacional y el marco operacional utilizado por las Naciones Unidas para adoptar un enfoque de la justicia de transición basado en los derechos humanos se encuentran en dos documentos: el Conjunto de principios actualizado para la protección y la promoción de los derechos humanos mediante la lucha contra la impunidad (E/CN.4/2005/102/Add.1) y los Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y de violaciones graves del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones⁹⁵.

⁹¹ Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, observaciones finales sobre la Argentina (CRPD/C/ARG/CO/1) y el Perú (CRPD/C/PER/CO/1).

⁹² Véanse CRPD/C/ARG/CO/1 y CRPD/C/PER/CO/1.

⁹³ Véase CRPD/C/PER/CO/1.

⁹⁴ E/C.19/2013/6.

⁹⁵ Resolución 60/147 de la Asamblea General, anexo.

81. El Conjunto de principios actualizado promueve un concepto amplio de justicia basado en el derecho a conocer (también denominado derecho a la verdad), el derecho a la justicia, el derecho a la reparación y las garantías de no repetición. Estos derechos se sustentan en las obligaciones jurídicas internacionales expresamente reconocidas en varios tratados e instrumentos internacionales y regionales de derechos humanos (entre ellos, la Convención Internacional para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas).

82. El derecho a la verdad requiere que todos tengan derecho a conocer la verdad de lo ocurrido en casos de crímenes atroces, así como las circunstancias y los motivos que concurrieron en su comisión. En particular, las víctimas y sus familiares tienen derecho a conocer la verdad acerca de las circunstancias en que tuvieron lugar esas violaciones y, en caso de fallecimiento o desaparición, acerca de la suerte de las víctimas. El deber de ofrecer garantías para hacer efectivo el derecho a conocer obliga a los Estados a, entre otras cosas, velar por la independencia y la eficacia de la labor del poder judicial, que puede pasar, por ejemplo, por la creación de comisiones de la verdad que complementen la función de la justicia.

83. El derecho a la justicia se refiere a los deberes de los Estados en relación con la administración de justicia; en particular, los Estados deben garantizar que se procese, juzgue y condene en la debida forma a los responsables de haber cometido delitos graves contemplados en el derecho internacional. El derecho a obtener reparación implica el deber del Estado de reparar y el derecho de la víctima de exigir una reparación a los culpables. El derecho a obtener reparación abarca medidas de restitución, indemnización, rehabilitación y satisfacción.

84. La justicia de transición abarca procesos y mecanismos tanto judiciales como no judiciales, entre ellos, el enjuiciamiento, la búsqueda de la verdad, los programas de reparación, la reforma institucional o una combinación adecuada de todos estos elementos⁹⁶. Estos mecanismos están relacionados entre sí y no se sustituyen los unos a los otros. Aunque el presente estudio se focaliza en gran medida en las comisiones de la verdad, entre las otras medidas pertinentes para garantizar los derechos a la verdad y a la justicia figuran los tribunales penales internacionales, los procedimientos penales nacionales, las comisiones de investigación, los archivos oficiales y los proyectos históricos. Por ejemplo, la Comisión de Derechos Humanos de Malasia está llevando a cabo una investigación nacional sobre los derechos a la tierra de los pueblos indígenas del país, que estudia en particular las causas profundas de los problemas relacionados con los derechos consuetudinarios a la tierra.

85. A fin de atender las necesidades y los derechos de los pueblos indígenas, es preciso adaptar los procesos de justicia de transición para velar por la adecuación y la coherencia cultural con las prácticas del derecho consuetudinario y sus conceptos en materia de justicia y solución de conflictos. Esos procesos enriquecerán los procedimientos de justicia de transición. En cuanto a los casos de atrocidades en masa contra los pueblos indígenas, como el genocidio, los crímenes de guerra y los crímenes de lesa humanidad, la concepción y aplicación de las políticas de justicia de transición deben recurrir, cuando proceda, a los usos y costumbres.

B. Comisiones de la verdad

86. Muchas veces se han constituido comisiones de la verdad en países donde hay pueblos indígenas y, en algunos casos, estas comisiones se han ocupado de problemas que

⁹⁶

Nota orientativa del Secretario General sobre el enfoque de las Naciones Unidas respecto de la justicia de transición, marzo de 2010, pág. 2.

afectaban a los pueblos indígenas, incluso cuando estos no eran el objeto específico de su atención. La participación de los pueblos indígenas en estos procesos ha sido desigual, desde su exclusión total a casos más recientes de comisiones de la verdad creadas específicamente para hacer frente a vulneraciones de derechos humanos sufridas por algunos de estos pueblos donde ellos mismos se han puesto al frente de los procesos desde el primer momento.

87. Algunos ejemplos son la Comisión de la Verdad y la Reconciliación del Canadá y, en los Estados Unidos de América, la Maine Wabanaki-State Child Welfare Truth and Reconciliation Commission. La comisión canadiense, que está dirigida por los pueblos indígenas, estudia los daños y perjuicios ocasionados a los niños indígenas y sus familias por instituciones del Estado en 150 años, que es tal vez el período más largo jamás examinado por una comisión de la verdad. La Maine Wabanaki-State Child Welfare Truth and Reconciliation Commission tiene el propósito de documentar lo que sucedió a los niños de la nación wabanaki acogidos en el sistema de bienestar infantil del Estado; ofrecer a ese pueblo la oportunidad de compartir sus experiencias e iniciar el proceso de curación; y publicar un informe que incluya recomendaciones sobre las mejores prácticas en materia de bienestar infantil para los niños y las familias wabanakis.

88. Son numerosos los casos en que las comisiones de la verdad han abordado, aunque sin centrarse específicamente en ello, las vulneraciones de los derechos de que fueron víctimas pueblos indígenas de, entre otros países, la Argentina, Chile, Guatemala, Nigeria, el Paraguay y el Perú. En el caso de la Comisión para el Esclarecimiento Histórico de Guatemala, que estuvo en funcionamiento de 1997 a 1999, dada la magnitud de los sufrimientos de que fueron víctimas los pueblos mayas como consecuencia del conflicto armado interno entre 1960 y 1996, la Comisión acabó centrando su labor en gran medida en la situación de estos pueblos y consideró al Estado culpable de actos de genocidio contra los pueblos indígenas.

89. Sin embargo, en muchos casos, las comisiones de la verdad no logran satisfacer las necesidades de los pueblos indígenas de una manera significativa. Se trata de casos en que no se tiene en cuenta en absoluto a los pueblos indígenas, se los excluye al relatar lo ocurrido, no se los consulta y no se los incluye como participantes.

C. Dificultades en la búsqueda de la verdad para hacer frente a las injusticias sufridas por los pueblos indígenas

90. Entre las dificultades con las que se encuentran las comisiones de la verdad figuran la de garantizar la independencia y la credibilidad de la comisión, las injerencias políticas, la financiación insuficiente y los problemas para lograr la participación continua de los grupos marginados, la sociedad civil y las organizaciones de víctimas.

91. Las comisiones de la verdad también han sido criticadas por obtener unos resultados insatisfactorios o por la falta de aplicación de sus recomendaciones o de un seguimiento adecuado. La aplicación de esas recomendaciones en general ha sido insuficiente, aun cuando estas se formularan con firmeza. Por ejemplo, las firmes recomendaciones de la Comisión para el Esclarecimiento Histórico no han sido debidamente ejecutadas, lo que ha dado lugar a una "verdad que no es aceptada como tal"⁹⁷. En el caso del Tribunal Waitangi de Aotearoa/Nueva Zelanda, entre las críticas, incluidas las del Relator Especial sobre los derechos de los pueblos indígenas, figura el hecho de que el Gobierno haya rechazado sus conclusiones en algunos casos señalados⁹⁸.

⁹⁷ Seminario sobre el acceso a la justicia: Alvaro Pop.

⁹⁸ Informe del Relator Especial sobre su misión a Nueva Zelanda (E/CN.4/2006/78/Add.3), párr. 26.

92. La falta de aplicación pone de relieve un problema más amplio, que está relacionado, no tanto con el resultado o informe final de una comisión, sino con las deficiencias del proceso que lo propició y el proceso de participación. En última instancia, las comisiones de la verdad no desembocan en el reconocimiento de la libre determinación de los pueblos indígenas ni transforman un país por sí mismas, pero los procesos en que se inscriben, incluido el establecimiento de programas políticos, pueden tener un potencial transformador. Por ello, no es suficiente la calidad de las recomendaciones de las comisiones de la verdad, aunque sea un aspecto importante. Es preciso, para su aplicación, que las comisiones de la verdad formen parte de un proceso político más amplio que propicie alianzas y consensos⁹⁹.

93. En cuanto a su idoneidad en el caso de los pueblos indígenas, se observan también dificultades en lo que se refiere a la manera en que se ha llevado a cabo la labor de las comisiones de la verdad, en particular su tendencia a focalizarse principalmente en las violaciones recientes y a presentar un discurso de unidad nacional y reconciliación. En el caso de la reconciliación nacional, que es a menudo un objetivo de las comisiones de la verdad, algunos observadores han cuestionado la idoneidad de las actuales concepciones de la reconciliación en lo que respecta a los pueblos indígenas, ya que existe el peligro de que se refuerce la identidad nacional dominante a expensas de las demás¹⁰⁰.

94. También suscitan preocupación los puntos de vista dominantes que imperan en los procesos de búsqueda de la verdad. Los pueblos indígenas tienen su propia visión del mundo, que abarca su concepción de la justicia y de la verdad, las cuales pueden ser diferentes de las de la sociedad dominante. Además, los procesos de la verdad, por lo general, no han sido lo suficientemente incluyentes con los pueblos indígenas, que deben participar desde las primeras etapas, así como durante los trabajos de la comisión y la aplicación de sus resultados.

95. Las dificultades no desaparecen incluso cuando al frente de los procesos de la verdad están los indígenas. Por ejemplo, entre las críticas a la Comisión de la Verdad y la Reconciliación del Canadá figuran lo limitado del alcance de su mandato, al excluir, por ejemplo, el examen de las cuestiones relacionadas con los estudiantes externos de los internados y los grandes daños sufridos por los pueblos aborígenes del país¹⁰¹. Algunos han sostenido que, en lo referente a los centros educativos, la Comisión debería ampliar sus temas de estudio para incluir los daños colectivos y culturales sufridos por algunas comunidades, con inclusión de los agravios históricos.

D. Formas en que las comisiones de la verdad pueden abordar eficazmente los derechos y los motivos de preocupación de los pueblos indígenas

96. Las comisiones de la verdad presentan una serie de ventajas, como la posibilidad de ser más coherentes con las concepciones de la justicia y con las culturas de los pueblos indígenas, de inspirar una voluntad política para resolver los agravios¹⁰² y de mejorar la comprensión y el apoyo de la opinión pública en el caso de reivindicaciones de los pueblos

⁹⁹ Seminario sobre el acceso a la justicia: Eduardo González.

¹⁰⁰ Centro Internacional para la Justicia Transicional, *Strengthening Indigenous Rights through Truth Commissions: A Practitioner's Resource* (2012), pág. 3.

¹⁰¹ Paige Arthur, "Indigenous self-determination and political rights: practical recommendations for truth Commissions", en *Strengthening Indigenous Rights through Truth Commissions*, Centro Internacional para la Justicia Transicional, pág. 39.

¹⁰² Deborah J. Yashar, "Indigenous rights and truth commissions: reflections for discussion", en *Strengthening Indigenous Rights through Truth Commissions*, Centro Internacional para la Justicia Transicional, pág. 11.

indígenas relativas a derechos políticamente delicados, como la libre determinación. En general, las comisiones de la verdad siguen siendo instituciones jóvenes, por lo que hay grandes posibilidades de que se enriquezcan con las prácticas indígenas y se adapten a ellas.

97. Sin embargo, para ocuparse en mejores condiciones de los derechos y los motivos de preocupación de los pueblos indígenas, los procesos y los mecanismos de justicia de transición deben tener en cuenta el contexto de los pueblos indígenas y las causas profundas de las injusticias de que han sido víctimas.

98. Ante todo, resulta fundamental la participación de los pueblos indígenas en todas las fases. Un ejemplo positivo de la participación indígena es la Comisión de Verdad, Justicia y Reconciliación de Kenya, la cual, aunque no se centrara específicamente en los pueblos indígenas, fue un foro para la expresión de los problemas indígenas relacionados con las injusticias históricas, la marginación y la tensión étnica. Si bien la Comisión tuvo que enfrentarse a dificultades en otros aspectos, relacionados con la participación de los pueblos indígenas, se le pueden reconocer varios éxitos, como la participación de organizaciones de los pueblos indígenas desde las primeras etapas. La Comisión contrató a indígenas como parte de su personal, organizó audiencias públicas en que se podían hacer declaraciones en distintos idiomas, incluido el masai, y llevó a cabo actividades de divulgación dirigidas a las comunidades indígenas y a las organizaciones que se ocupaban de sus derechos¹⁰³. En Colombia, donde se debate en estos momentos sobre la forma de dar reparación a las víctimas de vulneraciones de derechos humanos cometidas durante el conflicto armado interno, los pueblos indígenas han adquirido un papel protagonista en la formulación de un decreto para solucionar la cuestión de las reparaciones a las comunidades indígenas y afrocolombianas.

99. Otro de los requisitos de la justicia de transición en el contexto indígena es que no se considere a los procesos de búsqueda de la verdad como una herramienta para legitimar las estructuras de gobierno vigentes, sino que deben funcionar en un plano de igualdad entre dos naciones¹⁰⁴. Además, deben estar concebidos para que puedan centrarse en agravios tanto históricos como contemporáneos sufridos colectivamente¹⁰⁵. También hay que considerarlos como parte de una estrategia más amplia para abordar los abusos contra los derechos humanos de los que son víctimas los pueblos indígenas, entre otros, el empoderamiento político y la efectividad de los derechos económicos, sociales y culturales. Las comisiones de la verdad deben ser accesibles a los pueblos indígenas; a tal efecto, por ejemplo, se puede garantizar el uso en los procesos de las lenguas indígenas y/o servicios de interpretación y también se debe garantizar la participación de las mujeres y los jóvenes indígenas. Puesto que contar los traumas padecidos puede reavivarlos, hay que proporcionar servicios de apoyo apropiados desde un punto de vista cultural.

100. Por último, hay que reconocer que, para que las comisiones de la verdad tengan éxito, es tan importante el proceso como el resultado¹⁰⁶. Las comisiones deben contemplar unas consultas amplias y constantes con los pueblos indígenas en todas las etapas. Los gobiernos deben consultar de buena fe y obtener el consentimiento libre, previo e informado de los pueblos indígenas sobre las medidas legislativas o administrativas que les afecten.

¹⁰³ Laura Young, "A challenging nexus: transitional justice and indigenous peoples in Africa", presentado al Africa Institute de Sudáfrica (2012).

¹⁰⁴ Courtney Jung "Transitional justice for indigenous peoples in non-traditional society" (2009).

¹⁰⁵ Hay que destacar también la comunicación presentada por Francia sobre el papel desempeñado por colectivos en los trabajos pertinentes.

¹⁰⁶ Seminario sobre el acceso a la justicia: Florencia Librizzi.

Anexo

[Inglés únicamente]

Expert Mechanism advice No. 5 (2013): Access to justice in the promotion and protection of the rights of indigenous peoples

A. General

1. The United Nations Declaration on the Rights of Indigenous Peoples should be the basis of all action, including at the legislative and policy levels, on the protection and promotion of indigenous peoples' right to access to justice. The implementation of the Declaration should be seen as a framework for reconciliation and as a means of implementing indigenous peoples' access to justice.
2. Access to justice concerns arise especially in the context of lands, territories and resources. In the promotion of peace, justice and harmonious and cooperative relations between States and indigenous peoples, the Declaration affirms the right to the integrity of their lands and territories (arts. 25–32). Indigenous peoples have the collective right to live in freedom, peace and security as distinct peoples (art. 7(2)). Such security includes, inter alia, cultural, environmental and territorial aspects.
3. Respect for the right to self-determination requires both recognition of indigenous peoples' systems and the need to overcome historic factors and related contemporary factors that negatively affect indigenous peoples in the operation of State systems. At the national and regional levels, strategic litigation, complemented by outreach and advocacy, can help to expand access to justice and protections for other rights of indigenous peoples.
4. Indigenous peoples' understanding of access to justice often differs from that of States and of businesses, in some cases informed by their own understandings of, and practices associated with, justice. This means that, at the outset, before undertaking activities to respect, promote and protect indigenous peoples' access to justice, common understandings of the meaning of justice and the best means to attain access to justice should be sought, in line with indigenous peoples' self-determination and related rights to participate in decision-making affecting them.
5. Historical injustices contribute to multiple contemporary disadvantages for indigenous peoples, which in turn increase the likelihood of indigenous peoples coming into contact with the justice system. The relationship of indigenous peoples with domestic criminal justice systems cannot, therefore, be considered in isolation from historical factors or the current economic, social and cultural status of indigenous peoples. Moreover, there are other areas of law, including family law, child protection law and civil law that have an impact on this relationship. Solutions include not only reforms to criminal justice systems themselves but also measures addressing the socioeconomic situation of indigenous peoples and all human rights of indigenous peoples which are interrelated, interdependent and indivisible.

B. States

6. Consistent with indigenous peoples' right to self-determination and self-government, States should recognize and provide support for indigenous peoples' own justice systems and should consult with indigenous peoples on the best means for dialogue and cooperation between indigenous and State systems.

7. States should accord recognition and assign legal validity to customary practices that are already carried out by indigenous authorities de facto. States should take a flexible approach to the establishment of jurisdictional boundaries and avoid overly restrictive limits to indigenous jurisdictional competencies over justice.

8. States should work with indigenous peoples to address the underlying issues that prevent indigenous peoples from having access to justice on an equal basis with others.

9. States should work in partnership with indigenous peoples, particularly indigenous women, to determine the most effective strategies for overcoming barriers to access to justice. This includes helping to revitalize traditional justice norms and institutions.

10. Moreover, States should facilitate and provide access to legal remedies for indigenous peoples and should support capacity development of indigenous communities to help them to understand and make use of legal systems.

11. States should consider the impact of law and policy on indigenous peoples' access to human rights processes and institute reform where such law and policy interferes with indigenous peoples' enjoyment of substantive equality in this regard.

12. States should recognize the rights of indigenous peoples to their lands, territories and resources in laws and should harmonize laws in accordance with indigenous peoples' customs on possession and use of lands (including laws and policies that affect the conduct of business on indigenous territories) and forms of justice. Where indigenous peoples have won land rights and other cases in courts, States must implement these decisions. The private sector and the Government must not collude to deprive indigenous peoples of access to justice.

13. Training and sensitization for law enforcement officials, judicial officials and other state agencies on the rights of indigenous peoples is recommended.

14. In relation to criminal justice, State authorities should consult and cooperate with indigenous peoples and their representative institutions to:

- Ensure that the criminal justice system does not become a self-promoting industry benefiting from the overrepresentation of indigenous peoples.
- Formulate plans of action to address both the high levels of indigenous victimization and the treatment of indigenous peoples in domestic criminal justice systems.
- Develop appropriate methodologies to obtain comprehensive data on (a) victimization of indigenous peoples, including information on the number of cases prosecuted, and (b) the situation of indigenous peoples in detention, disaggregated by age, gender and disability.
- Reduce the number of indigenous individuals in prison, including through the pursuit of non-custodial options, such as, inter alia, use of traditional restorative and rehabilitative approaches.

15. In relation to transitional justice mechanisms:

- Indigenous peoples and indigenous peoples' representative institutions should be consulted and involved in all stages of the establishment and implementation of transitional justice mechanisms.

- Truth commissions should be guided by and should make explicit reference to the United Nations Declaration on the Rights of Indigenous Peoples.
- Truth commissions should recognize and address the historical injustices experienced by indigenous peoples, as well as how failures to recognize indigenous peoples' self-determination historically and today have created conditions for human rights violations.
- Truth processes should be linked to larger outreach and education efforts. These efforts should include explaining important justice issues, such as self-determination, to the broader public.
- Truth processes and reparations programmes should be designed in a way that respects the cultures and values of indigenous peoples.

C. Indigenous peoples

16. Indigenous peoples should strengthen advocacy for the recognition of their justice systems. Indigenous peoples should strengthen their own organizations and local governance capacity to meet the challenges faced by their communities.
17. Indigenous peoples' justice systems should ensure that indigenous women and children are free from all forms of discrimination and should ensure accessibility to indigenous persons with disabilities.
18. Indigenous peoples should explore the organization and running of their own truth-seeking processes.
19. Indigenous peoples should strive for explicit inclusion of their particular interests in transitional justice initiatives in those cases where indigenous peoples are one among many groups that suffered human rights abuse.
20. Indigenous peoples should ensure that all persons are effectively represented in transitional justice processes, especially women.

D. International institutions

21. The Declaration should guide the efforts of United Nations system entities and mandates, including the Special Rapporteur on the promotion of truth, justice, reparation and guarantees of non-recurrence.
22. The United Nations should dedicate resources to the development and carrying out, in cooperation with indigenous peoples, of training on the rights of indigenous peoples in relation to access to justice for law enforcement officials and members and staff of the judiciary.
23. The United Nations system should seek to expand programmes designed to support indigenous peoples to carry out strategic litigation to advance their rights and expand their access to justice.
24. The United Nations should work with indigenous peoples to contribute to further reflection on and capacity-building regarding truth and reconciliation procedures for indigenous peoples.
25. Relevant United Nations special procedures should monitor implementation of transitional justice processes to ensure that they respect the principles of the Declaration, and that States act in a timely way on truth commission recommendations and the implementation of reparations programmes for indigenous peoples.

E. National human rights institutions

26. National human rights institutions, in partnership with indigenous peoples, can play an important role in ensuring improved access to justice for indigenous peoples, including by encouraging recognition of and providing support for indigenous justice systems and promoting the implementation of the Declaration at the national level. National human rights institutions, in partnership with indigenous peoples, have the opportunity to provide training on the rights of indigenous peoples in relation to access to justice for judiciaries.
