

ARTÍCULO 42 DE LA DECLARACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS SOBRE LOS DERECHOS DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS

(publicado en el *Informe sobre el Octavo Periodo de Sesiones*,
18 a 29 de mayo de 2009: E/C.19/2009/14):

El artículo 42 como base de una función nueva

1. El propósito de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas es servir de base jurídica para todas las actividades en la esfera de las cuestiones indígenas. La tarea del Foro Permanente para las Cuestiones Indígenas en los años venideros, tras la histórica aprobación de la Declaración por la Asamblea General el 13 de septiembre de 2007, consistirá en transformar la Declaración en su conjunto en leyes concretas, cuya aplicación se habrá logrado cuando los pueblos indígenas obtengan resultados prácticos.

2. La Declaración constituye una nueva base para los derechos de los pueblos indígenas. Al mismo tiempo, el Foro ha recibido un mandato amplio con una función nueva basada en el artículo 42, en el que se estipula lo siguiente: *“Las Naciones Unidas, sus órganos, incluido el Foro Permanente para las Cuestiones Indígenas, y los organismos especializados, incluso a nivel local, así como los Estados, promoverán el respeto y la plena aplicación de las disposiciones de la presente Declaración y velarán por su eficacia”*.

3. El objetivo de la presente observación general es determinar y detallar en cierta medida las obligaciones del Foro enunciadas en el artículo 42 de la Declaración e indicar la forma en que el Foro puede cumplir esas obligaciones. Para determinar y detallar las obligaciones y acciones, es preciso aclarar el sentido jurídico del artículo. Ello debe hacerse en el contexto del carácter de la Declaración como instrumento del derecho internacional en materia de derechos humanos.

4. El Foro es el único órgano de las Naciones Unidas que se menciona expresamente en el artículo 42. Allí se destaca que, en su calidad de órgano de las Naciones Unidas creado especialmente para ocuparse de las cuestiones indígenas, el Foro tiene la responsabilidad de convertir en realidad lo dispuesto en el artículo.

5. El Foro fue creado con arreglo a la resolución 2000/22 del Consejo Económico y Social. Como órgano asesor del Consejo Económico y Social, el mandato del Foro ha abarcado hasta ahora seis esferas, vale decir las cuestiones indígenas relacionadas con el desarrollo económico y social, la cultura, el medio ambiente, la educación, la salud y los derechos humanos. Si bien el Foro es un órgano subsidiario del Consejo, la Asamblea General, en su condición de órgano mundial del sistema de las Naciones Unidas, puede ampliar y reforzar el mandato del Foro. En el artículo 42 se prevé una función y responsabilidad nueva que debe interpretarse a la luz del artículo como fuente del derecho internacional.

El carácter jurídico de la Declaración

6. La Declaración es el instrumento más universal, amplio y fundamental sobre los derechos de los pueblos indígenas. Junto con la resolución 2000/22 del Consejo Económico y Social, es el marco jurídico del Foro. La Declaración no es un tratado y, en consecuencia, no tiene la fuerza vinculante de un tratado. No obstante, ello no

significa en absoluto que la Declaración deje de tener efecto jurídicamente vinculante alguno. Al aprobar los instrumentos de derechos humanos de las Naciones Unidas, se aspira a que tengan cierto efecto vinculante. El valor vinculante de la Declaración debe verse en el contexto normativo más amplio de las innovaciones ocurridas en los últimos años en las normas internacionales de derechos humanos.

7. La Declaración es parte de las normas universales de derechos humanos. Los principios básicos de la Declaración son idénticos a los de los principales pactos de derechos humanos. Así pues, en el artículo 3 de la Declaración se afirma el derecho de los pueblos indígenas a la libre determinación, en términos que constituyen la reformulación de las disposiciones comunes del artículo 1 de los dos pactos internacionales de 1966. Como lo indica la práctica, los órganos creados en virtud de tratados de derechos humanos se remiten a la Declaración cuando se ocupan de los derechos de los pueblos indígenas. La Declaración no es un instrumento de un organismo especializado que obliga únicamente a los Estados partes, sino un instrumento general de derechos humanos.

8. La Declaración es una norma de derechos humanos basada en los derechos fundamentales de aplicación universal y elaborada en el contexto cultural, económico, político y social de los pueblos indígenas. Debe aplicarse así, independientemente de cómo haya votado cada Estado en la Asamblea General durante su aprobación o la posición que el Estado haya adoptado posteriormente. Se podría discutir cuántos de los derechos concretos que figuran en la Declaración son derechos humanos conforme a los instrumentos básicos de derechos humanos. Por cierto que el carácter de documento de derechos humanos de la Declaración en su conjunto lleva esa marca, lo que deberá ser el elemento principal cuando se interprete el documento y cuando se decidan los métodos de trabajo del Foro en el contexto del artículo 42.

9. La Declaración es un instrumento que se elaboró con un procedimiento que le confirió su condición especial de declaración. Se preparó durante un decenio de negociaciones entre representantes de los Estados y representantes de los pueblos indígenas, período en el que los representantes de los Estados utilizaron la palabra “*negociaciones*” a menudo. El largo proceso dio como resultado un documento en el que se expresa una amplia base común que cuenta ahora también con el apoyo de la Asamblea General. Si bien en realidad no se trata oficialmente de un acuerdo, el documento fue concebido de tal forma que constituye un instrumento que prácticamente cuenta con el acuerdo universal. Así pues, la Declaración es parte de una práctica que ha promovido un creciente acercamiento entre las declaraciones y los tratados.

10. Los diversos artículos pueden ser parte de normas internacionales vinculantes basadas en otros instrumentos o costumbres, independientemente de su inclusión en la Declaración. Los derechos humanos previstos en la Declaración son los mismos derechos humanos reconocidos para el resto de la humanidad, pero no ha habido necesidad alguna de producir una declaración especial sobre los derechos de los pueblos no indígenas. Varios de los artículos se basan en los pactos de derechos humanos y otras convenciones, o pueden tener ya la calidad de derecho consuetudinario en virtud de las políticas que se aplican en jurisdicciones nacionales. Como expresiones del derecho consuetudinario internacional, deben aplicarse cualquiera que sea el carácter del documento en el que se declaren o aprueben.

11. El voto en la Asamblea General, que demuestra que la gran mayoría de la comunidad internacional apoya la Declaración, es un factor importante al determinar el peso jurídico de la Declaración. El artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de

Justicia estipula que las fuentes de derecho internacional que la Corte aplica incluyen “*los principios generales del derecho reconocidos por las naciones civilizadas*”. La Declaración se ha formulado a partir de “*principios del derecho*”, centrados en el concepto principal de los “*derechos*”; y con la adhesión mundial a la Declaración, y la reducción del grupo pequeño de Estados que aún no la han adoptado, pronto podrá considerarse que cumple el criterio de reconocimiento por las “*naciones civilizadas*”.

12. El efecto combinado de esos elementos concede a la Declaración una condición jurídica cada vez más importante. Se podría sostener que la Declaración en su conjunto ya ha adquirido un lugar como parte del derecho internacional vinculante. En efecto, tal es el caso de varios de sus artículos.

13. La comprensión de lo aquí descrito sobre la Declaración deberá formar la base de las actividades que realice el Foro. Por cierto, el Foro ya ha incluido en su programa un tema sobre la Declaración.

El efecto del artículo 42

14. La función nueva asignada al Foro con arreglo al artículo 42 es de gran alcance y su aplicación consta de dos niveles.

15. En primer lugar, el Foro deberá promover no solo el respeto sino también la “*plena aplicación*” de la Declaración. Ello entraña que el Foro se esfuerce por promover la incorporación de la Declaración en la legislación nacional y su aplicación en los tribunales nacionales y las decisiones administrativas de los diversos países.

16. Por otra parte, el Foro deberá velar por la “*eficacia*” de la Declaración, es decir, comprobar si la realidad (“*ley en la práctica*”) corresponde a la legislación y las decisiones escritas (“*ley escrita*”) y, en caso contrario, adoptar las medidas que sean necesarias para reducir las deficiencias en la aplicación.

17. En la redacción del artículo esta responsabilidad nueva y amplia no corresponde a ninguna autoridad para lograr lo que se requiere al respecto. En consecuencia, la autoridad del Foro habrá de decidirse mediante la lectura del artículo 42 basada en la Declaración en su conjunto. En ese proceso de interpretación se confiará en algunos principios o directrices acordes con el espíritu de la Declaración.

18. Algunas de las directrices aceptadas para la interpretación en ese caso serán la labor del Foro en el pasado, el propósito del artículo 42 y la forma acostumbrada de proteger los derechos humanos en el sistema de las Naciones Unidas.

19. El mecanismo actual de trabajo del Foro tiene que ser el punto de partida para la lectura del artículo. El propósito del artículo 42 es contribuir a la eficacia de la Declaración, y en consecuencia, la lectura del artículo debe basarse de preferencia en los métodos de trabajo del Foro que se orientan a la obtención de resultados importantes para los pueblos indígenas en su condición de titulares de derechos. La protección de los derechos humanos de la forma acostumbrada en el sistema de las Naciones Unidas también cuenta con apoyo en la redacción del artículo, donde el Foro figura al mismo nivel que otros órganos de las Naciones Unidas.

20. Cuando el Foro Permanente desarrolle métodos de trabajo para cumplir su nueva responsabilidad con arreglo al artículo 42, habrá que remitirse al sistema establecido para otros derechos humanos. Los órganos creados en virtud de los pactos de derechos humanos deben considerarse modelos para el Foro.

21. Tal interpretación entraña contar con la autoridad necesaria para organizar diálogos con los Estados sobre la aplicación de la Declaración y, posteriormente, hacer un seguimiento de su eficacia y formular conclusiones relativas a cada Estado respecto de su proceder en el contexto de la Declaración, que contengan críticas sobre deficiencias en la aplicación y señalen las reformas necesarias. Esta interpretación supone asimismo que los Estados tienen el deber de responder a la solicitud del Foro de que se entable un diálogo sobre la Declaración. El artículo 42 no faculta expresamente al Foro a convocar a los Estados a comparecer en las reuniones del Foro y responder a preguntas de los miembros. En consecuencia, el Foro podrá decidir por razones prácticas y políticas no poner a prueba esta conclusión inicialmente y, más bien, seguir un curso voluntario en relación con los Estados.

22. La base principal de los diálogos debe ser la información proporcionada por los gobiernos sobre sus políticas y prácticas nacionales. Será preciso desarrollar métodos creativos para la preparación sustantiva de los diálogos, como el envío a los Estados de un cuestionario sobre la aplicación. Los informes sobre los pueblos indígenas tendrán que prepararse con arreglo al artículo 38 de la Declaración, en consulta y cooperación con los pueblos indígenas. También habrá de incluirse como material complementario importante la información proporcionada por organizaciones de pueblos indígenas, diversas organizaciones no gubernamentales y miembros del Foro. El objetivo sería organizar un diálogo debidamente estructurado y sustancialmente constructivo seguido por observaciones finales del Foro.

23. El Foro integrará la Declaración en sus recomendaciones sobre las seis esferas sustantivas de su mandato así como en su labor en relación con el tema especial de los períodos de sesiones pertinentes y sus temas y prioridades permanentes. De tal forma, el Foro abarcará no solamente los artículos de la Declaración sino también los párrafos del preámbulo.

24. El Foro, como uno de los tres mecanismos de las Naciones Unidas con el mandato concreto de ocuparse de los pueblos indígenas, habrá de colaborar y coordinar su labor con el Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los pueblos indígenas y con el Mecanismo de Expertos sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas a fin de asegurar que las actividades se complementen al máximo. Esos tres mecanismos se encargarán de promover la aplicación y la eficacia de la Declaración en todos los órganos y organismos de las Naciones Unidas.

25. De conformidad con el artículo 42, el Foro habrá de considerar que la Declaración es un conjunto de normas superiores que deben aplicarse con eficacia en todas las jurisdicciones nacionales. Por consiguiente, en la labor del Foro la Declaración ocupará una categoría superior respecto de la legislación nacional. Más aun, es el deber del Foro difundir ese punto de vista en todo el mundo.