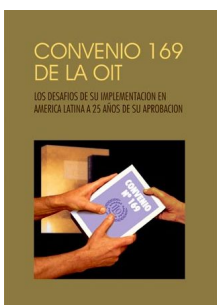


Convenio 169 de la OIT: los desafíos de su implementación a 25 años de su aprobación

IWGIA

Introducción



El 7 de junio de 1989 la Conferencia Internacional del Trabajo congregada en Ginebra en su septuagésima sexta reunión aprobó el Convenio No 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes (en adelante Convenio 169). El Convenio 169, como sabemos, es consecuencia del proceso de revisión del Convenio No 107 sobre Poblaciones Indígenas y Tribales de la Organización Internacional del Trabajo (en adelante OIT) de 1957. La revisión del Convenio 107 estuvo motivada por los cuestionamientos que desde diversos sectores incluyendo, por cierto, a los pueblos indígenas, se le hicieron a este instrumento en razón de su enfoque marcadamente integracionista y asimilacionista[1]. A juicio de la Conferencia Internacional del Trabajo dicha revisión tuvo como fundamento “los cambios sobrevenidos en la situación de los pueblos indígenas y tribales en todas las regiones del mundo”, cambios que “hacían aconsejable adoptar nuevas normas internacionales en la materia, a fin de eliminar la orientación hacia la asimilación de las normas anteriores”[2].

El Convenio 169 de la OIT entró en vigor el 1 de septiembre de 1991, doce meses después del registro de su ratificación por dos estados; Noruega en junio de 1990 y México en septiembre de 1990. Desde entonces este Convenio ha sido ratificado por 22 estados, quince de ellos en América Latina[3]. Organizado estructuralmente en un preámbulo, y cuarenta y cuatro artículos, el Convenio 169 reconoció a los pueblos indígenas como tales, así como un conjunto de derechos colectivos de carácter político, territorial, y económico, social y cultural. Entre los primeros destacan los derechos de estos pueblos a participar de diversas maneras que señala en los estados en que habitan. Ello a través de su consulta frente a medidas administrativas y legislativas susceptibles de afectarles directamente (art. 6. 1 y 2), de su participación en la misma forma que otros sectores de la población, en la adopción de decisiones en instituciones electivas y organismos administrativos (art. 6. 1.b), así como en la formulación, aplicación y evaluación de planes y programas de desarrollo nacional y regional susceptibles de afectarles directamente (art. 7. 1). También en esta categoría el Convenio 169 incluye el derecho de estos pueblos a la autonomía, la que se manifiesta en el derecho que este les reconoce a decidir sus propias prioridades en lo que atañe al proceso de desarrollo y de controlar [...] su propio desarrollo económico, social y cultural (art. 7.1), en el derecho que tienen a que se considere su derecho consuetudinario (art. 8.1), y a conservar sus costumbres e instituciones propias (art. 8.2)

En materia de derechos territoriales el Convenio 169 reconoce a estos pueblos derechos de propiedad y posesión sobre las tierras que tradicionalmente ocupan (art. 14.1), estableciendo el deber de los gobiernos de determinar y proteger dichas tierras e instituir procedimientos para dar respuesta a su reivindicación. Junto con ello reconoce a estos pueblos derechos sobre sus territorios, los que cubren la totalidad del hábitat de las regiones que estos pueblos ocupan o utilizan de alguna manera (art. 13.2). También les reconoce el derecho a los recursos naturales que se encuentran en sus tierras y territorios, incluyendo en este el derecho a participar en la utilización, administración y conservación de dichos recursos (art. 15.1). Igualmente establece su derecho a la consulta, la indemnización por daño y la participación en los beneficios frente a medidas de exploración o explotación en ellos de los recursos minerales o del subsuelo u otros recursos de propiedad del Estado (art. 15.2). A ello agrega el derecho que tienen a no ser trasladados de sus tierras y territorios sin su consentimiento (art. 16.1).

En forma consistente con la preocupación histórica de la OIT por la situación de los trabajado-res indígenas, el Convenio 169 establece además para los trabajadores que integran estos pueblos una protección especial en materia de contratación y condiciones de empleo, a fin de evitar su dis-criminación en estas esferas (art. 20). También contiene un conjunto de disposiciones referidas a la promoción de la formación profesional, de las artesanías y las industrias rurales de los pueblos indígenas (arts. 21 a 23). Finalmente el Convenio 169 contiene disposiciones orientadas a asegurar la protección de, entre otros derechos económicos, sociales y culturales de los pueblos indígenas, la seguridad social y la salud, y la educación y medios de comunicación (arts. 24 a 30), estableciendo que los gobiernos deberán promover “[...] la plena efectividad de los derechos sociales, econó-micos y culturales de esos pueblos, respetando su identidad social y cultural, sus costumbres y tradiciones, y sus instituciones” (art 2.2.b).

Cabe señalar que en virtud de la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados, los estados que los suscriben, se obligan a implementarlos de buena fe (art. 26). La Constitución de la OIT, además, dispone que los estados miembros de la OIT deben hacer efectivas las disposi-ciones de los Convenios ratificados (art 19. 5.d Constitución OIT). Esto significa que los gobier-nos deben tomar las medidas necesarias para aplicar las disposiciones de los Convenios en el derecho y en la práctica mediante la adopción y la efectiva implementación de la legislación, las reglamentaciones y las políticas adecuadas. El propio Convenio 169 en su artículo 2 establece que los gobiernos deberán “[...] asumir la responsabilidad de desarrollar, con la participación de los pueblos interesados, una acción coordinada y sistemática con miras a proteger los derechos de esos pueblos y a garantizar el respeto de su integridad”.

Los 25 años de la aprobación del Convenio 169 constituyen un momento propicio para el aná-lisis de las acciones impulsadas por los estados para su implementación, así como también para analizar el impacto real que este ha tenido en la protección de los derechos de los pueblos indíge-nas. Dada que una parte significativa de los estados que han ratificado este Convenio se ubican en América Latina, no existe otro contexto geográfico en que este análisis sea tan relevante. En efecto, a pesar de que su aplicación no ha estado exenta de tensiones y contradicciones, América Latina ha sido, sin lugar a dudas, la región del planeta en que este tratado internacional ha tenido mayores repercusiones jurídicas y políticas. Es también en esta región donde el Convenio 169 ha tenido un mayor desarrollo constitucional, legal y jurisprudencial. Asimismo, es en ella donde el Convenio más ha influenciado, aunque no

siempre con los resultados esperados, la política pública referida a estos pueblos.

A objeto de contar con una mirada general sobre las implicancias de este tratado internacional en la región, es que el Grupo Internacional de Trabajo sobre Asuntos Indígenas (IWGIA) convocó a un grupo de investigadores y de defensores de derechos de pueblos indígenas, tanto pertenecientes a estos pueblos como no indígenas comprometidos con sus derechos, pidiéndoles efectuaran un análisis sobre tales implicancias en las principales materias de que trata el Convenio 169. Es así como en los artículos que aquí se introducen, dichos autores analizan las implicancias de este tratado internacional en la región, entre otras materias, en los derechos de estos pueblos a la tierra, al territorio y a los recursos naturales, los derechos políticos, incluyendo entre ellos el derecho a la consulta previa, a definir las prioridades en materia de desarrollo, y a sus instituciones y derecho consuetudinario o propio. A ello se agrega el análisis de las implicancias del Convenio 169 en dos temáticas transversales a sus disposiciones, como son el derecho a la igualdad y a la no discriminación de estos pueblos, y los derechos de las mujeres indígenas.

En los artículos que aquí introducimos, varios autores se refieren desde perspectivas inter-culturales, al contexto previo a la aprobación de este Convenio en la región, y en algunos casos fuera de ella, contexto que fue determinante en el proceso de su aprobación. También se abordan los desarrollos posteriores a su aprobación y ratificación creciente por los estados de la región, desarrollos en los que los pueblos indígenas fueron actores determinantes. Así en el primer artículo de este informe Francisco Cali, presidente del Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial de Naciones Unidas, realiza un análisis del contexto histórico en que se gestó la revisión del Convenio 107 y que dio lugar a la aprobación en 1989 del Convenio 169. En este artículo Cali, junto con constatar que en esa etapa histórica existía una situación de tensión Este-Oeste, y el hecho de que los pueblos indígenas seguían siendo desconocidos en contextos geográficos significativos como el de África y Asia, destaca la relevancia que tuvo en la década de los ochenta el “Estudio del problema de la discriminación contra las poblaciones indígenas” del Relator Especial de la Subcomisión de Prevención de Discriminaciones y Protección a las Minorías, José Martínez Cobo[4]. Ello en particular en el análisis que en él se hacía del fenómeno de la discriminación en contra los pueblos indígenas, y de las medidas que proponía para combatir esta realidad.

Luego de dar cuenta de las principales disposiciones de la política general del Convenio 169, entre ellas el artículo 3 No 1 que dispone que “los pueblos indígenas y tribales deberán gozar plenamente de los derechos humanos y libertades fundamentales, sin obstáculos ni discriminación”, Cali sostiene que la participación y la no discriminación constituyen elementos claves y constituyentes de la filosofía de este tratado internacional. Cali sostiene además que, en lo fundamental, este Convenio es un tratado contra la discriminación que afecta a los pueblos indígenas. Ello dado que su objetivo central “es dotar a los pueblos indígenas de un instrumento para asegurarles el goce y ejercicio de todos los derechos humanos y de todas las libertades fundamentales internacionalmente reconocidos, para –como parte del patrimonio cultural de la humanidad– ejercer, sin discriminaciones, sus derechos (sueños y anhelos) a recuperar o mantener, reproducir, recrear, proteger, controlar y transmitir a las generaciones futuras el conjunto de sus patrimonios culturales (incluyendo sus tierras y territorios y todos los recursos materiales y espirituales que éstos contienen)”.

En su artículo Cali también da cuenta de las críticas que las organizaciones indígenas hicieron al Convenio 169 al momento de su aprobación. Ello en especial al no reconocerse en este el derecho a la libre determinación de los pueblos que reclamaban. También dado el tipo de redacción de algunas de las disposiciones del mismo (“siempre que sea necesario” (art. 8.2); “en la medida que ello sea compatible” (art. 9); “si fuere necesario” (art. 12); “en los casos apropiados” (art. 14.1); “siempre que sea viable” (art. 28); “si fuere necesario” (art. 30.2), entre otras afirmaciones del Convenio 169). Tal redacción, sostiene Cali, tendió a relativizar las obligaciones que el Convenio establece para los estados. No obstante ello, sostiene que este instrumento internacional ha tenido una influencia central no tan solo en la resolución de conflictos que involucran a los pueblos indígenas en la región, como ocurrió en la guerra en Guatemala o el conflicto en Chiapas, México, sino también en el desarrollo del derecho internacional sobre estos pueblos expresado en la Convención de Derechos del Niño de Naciones Unidas y en la jurisprudencia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, entre otros instrumentos posteriores a su aprobación.

Por su parte el abogado José Aylwin, aborda en los dos artículos de su autoría las

Escrito por IWGIA

Domingo, 18 de Enero de 2015 02:30 - Actualizado Domingo, 18 de Enero de 2015 20:38

implicancias que el Convenio 169 ha tenido en la región en el reconocimiento de los derechos a la tierra, al territorio y los recursos naturales, así como en los derechos políticos de estos pueblos. En su análisis Aylwin también contextualiza la realidad de los pueblos indígenas en estos ámbitos en forma previa a la aprobación del Convenio 169, sosteniendo que para entonces en la mayor parte de los estados de la región a la época de la aprobación del Convenio 169 estos derechos, así como también los derechos económicos, sociales y culturales de estos pueblos, les eran negados. Ello a excepción de los incipientes reconocimientos que para entonces habían sido realizados por Brasil sobre las tierras de ocupación tradicional indígena, y por Nicaragua y Panamá en materia de autonomía indígena. En lo central Aylwin da cuenta de cómo el Convenio 169, el que fue ratificado durante los noventa por un número importante de estados latinoamericanos, influyó de manera decisiva el proceso que Yrigoyen (2011)[5] identifica como el segundo ciclo de reformas constitucionales referidas a los pueblos indígenas, diferenciándolo de aquel que tuvo lugar antes de su aprobación. Dicho ciclo, que algunos analistas (Burguete 2008)[6] han llamado de constitucionalismo multicultural, estuvo fuertemente influenciado por el espíritu y contenido del Convenio 169. A su juicio ello explica reconocimientos sobre los derechos de estos pueblos a la tierra y/o a sus territorios, tales como el contenido en la Constitución Política (CP) Argentina (1994) cuando establece la propiedad y posesión comunitaria sobre las tierras que estos pueblos tradicionalmente ocupan; y aquellos hechos por los textos constitucionales de Bolivia (1994), Colombia (1991), Ecuador (1994 y 1998) al disponer la obligación de los estados de hacer demarcación, saneamiento y titulación sobre sus territorios comunitarios, al establecer su carácter inalienable y/o indivisible, y al reconocer derechos de usufructo sobre los recursos naturales existentes en ellos y/o la participación de las comunidades indígenas frente a la explotación de recursos naturales en territorios indígenas (Colombia 1991). De la misma manera el Convenio 169 habría sido determinante en el reconocimiento de derechos de autonomía o autogobierno de estos pueblos contenido en la CP colombiana (1991) –a través de las figuras de los resguardos y de las entidades territoriales indígenas– y en la reforma a la CP de México (2001), mediante la elección a través de sus normas de autoridades para el gobierno interno.

Aunque Aylwin sostiene que las nuevas CP de Ecuador (2008) y Bolivia (2009) que reconocen a estos países como estados plurinacionales e interculturales, así como a los pueblos indígenas un conjunto de derechos políticos –que en el caso de Bolivia incluyen la libre determinación–, de derechos sobre las tierras y territorios, y al pluralismo jurídico, entre otros, estuvieron marcadas por la Declaración de Naciones Unidas sobre Derechos de los Pueblos Indígenas de Naciones Unidas de 2007 (en adelante la Declaración), y también reconoce el impacto que el Convenio 169 tuvo en ellas.

El mismo autor analiza también el impacto que el Convenio 169 ha tenido en la región a través de su recepción en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante Corte IDH). Ello en particular en los casos referidos a la propiedad de los pueblos indígenas sobre sus tierras de ocupación tradicional, aún a falta de título, a partir del fallo de esta entidad en el caso de la *Comunidad de Awas Tingni vs. Nicaragua* (2001), jurisprudencia que se basa en una interpretación evolutiva del derecho de propiedad reconocido en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, que incorpora normas de protección internacional de los pueblos indígenas, como las establecidas en el Convenio que se analiza en esta publicación. Destaca, además, el hecho de que esta interpretación es consistente con la que el Comité de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones (CEACR) de la OIT ha realizado en relación al alcance de los derechos de los pueblos indígenas sobre las tierras de ocupación tradicional reconocidos en el artículo 14 del Convenio 169, cuando ha sostenido que estos emanan de la ocupación ancestral, aunque carezcan de un título de dominio sobre ellas. Igualmente da cuenta de la influencia del Convenio 169 en la jurisprudencia de la Corte IDH en materia de derechos políticos de pueblos indígenas, influencia que ejemplifica en su sentencia en el caso *Yátama vs. Nicaragua*

en la que esta Corte conmina a dicho Estado a reformar su sistema electoral a fin de asegurar el derecho a la participación política de estos pueblos. Ello, tomando en cuenta sus tradiciones y costumbres, a través de sus propias organizaciones, y sin mediación de partidos políticos.

En sus dos artículos Aylwin da cuenta, a partir del análisis particular de algunos estados de la región, de los avances y límites de la acción estatal para implementar los derechos territoriales y políticos del Convenio 169, derechos que han sido constitucionalizados en varios contextos, y en algunos casos, considerados como de jerarquía constitucional. Entre los avances identifica-dos destaca los procesos de demarcación, saneamiento y en algunos casos titulación de tierras comunitarias a pueblos indígenas. Se trata de procesos que, en algunos estados, como Bolivia, Colombia y Brasil –aunque en este último caso sin titulación– han alcanzado gran magnitud.

También destaca las diferentes modalidades de autonomía política territorial de los pueblos indígenas hoy existentes en la región (Colombia, Bolivia, Nicaragua, México, Panamá entre otras), así como las dificultades que estos pueblos enfrentan para lograr el gobierno efectivo de sus territorios. Igualmente se refiere a las reformas introducidas para posibilitar una participación política de los pueblos indígenas en los órganos electivos que toman decisiones que les conciernen, en especial en los países andinos y México, reformas que sostiene han sido influenciadas por el Convenio 169. Con todo, constata la persistencia hasta la fecha de lo que el anterior Relator Especial de la ONU sobre derechos indígenas Rodolfo Stavenhagen (2006)[7], denominara la “brecha de implementación”. Tal brecha se traduce en una distancia entre los reconocimientos jurídicos y la política pública, entre la norma legal y reglamentaria, y la ausencia de mecanismos para hacer exigibles estos derechos reconocidos. Tal brecha, sostiene Aylwin, ha estado muchas veces relacionada con los conflictos y las contradicciones generados por los planes de desarrollo de los estados, planes que en un contexto de economías extractivas que presionan los territorios indígenas, chocan con los planes de vida de los pueblos indígenas, y terminan por serles impuestos.

Posiblemente uno de los ámbitos en los que la brecha de implementación ha sido más marcada, es el referido al derecho a la consulta previa de los pueblos indígenas establecida en el Convenio 169 frente a medidas administrativas y legislativas susceptibles de afectarles directamente. El desarrollo jurídico y político de este derecho en América Latina, que ha sido considerado por la propia OIT como la piedra angular de este instrumento internacional, desde la aprobación del Convenio 169 a la fecha es el objeto del análisis que en este informe hacen Miguel Vargas e Ian Miranda. Ambos autores dan cuenta desde la perspectiva jurídica de los claros oscuros de la implementación de este derecho fundamental de los pueblos indígenas de conformidad con los estándares en él establecidos.

Dichos autores analizan la recepción de este derecho en los ordenamientos jurídicos constitucionales legales y, en algunos casos, en la jurisprudencia de los tribunales en Colombia, Ecuador, Perú, y Bolivia, constatando cómo la legislación y reglamentación dictada por los estados no siempre ha dado recepción plena a este derecho, rebajando los estándares del Convenio 169. Por ejemplo, en el caso de Perú, sostienen que tanto la Ley de Consulta Previa promulgada en agosto de 2011 como su Decreto reglamentario de 2012 fueron cuestionados por los pueblos indígenas de ese país por no satisfacer los estándares del Convenio 169, buscando en cambio facilitar la inversión económica de entes privados en los

Escrito por IWGIA

Domingo, 18 de Enero de 2015 02:30 - Actualizado Domingo, 18 de Enero de 2015 20:38

territorios de estos pueblos. En contraste con ello, destacan, la jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana, la que frente a la carencia de una normativa interna sólida de regulación de este derecho, ha protegido los derechos colectivos de los pueblos indígenas frente a proyectos de desarrollo que les afectan directamente, llegando a establecer la consulta previa como un derecho fundamental de los pueblos indígenas, con el fin de lograr su consentimiento.

Ilustran asimismo, a través de los casos del pueblo u'wa y embera katio de Colombia, de la co-munidad de Sarayaku de Ecuador, de Bagua en Perú y del TIPNIS en Bolivia, las dificultades que experimentan los pueblos indígenas en la región para hacer efectivo este derecho frente a proyectos de inversión promovidos por los estados que afectan directamente sus tierras y territorios. El ejemplo del TIPNIS en Bolivia, referido a un proyecto carretero sobre tierras que tienen doble protección, como territorio indígena y como área protegida, es ilustrativo de las tensiones que generan los procesos de consulta sobre planes de desarrollo en territorios indígenas. Los autores sostienen que, a pesar de la existencia de una normativa constitucional y legal sobre el derecho a la consulta en Bolivia, el gobierno de ese país hizo prevalecer arbitrariamente sus intereses frente los derechos colectivos de los pueblos indígenas, sin una consulta previa, libre, informada y de buena fe.

No obstante estas dificultades en este artículo se sostiene que el Convenio 169 ha orientado un desarrollo jurisprudencial, doctrinario y normativo sobre el derecho de consulta de pueblos indígenas en la región de gran relevancia. Ello se ha expresado por ejemplo en la jurisprudencia de la Corte IDH sobre la materia, en la que se han establecido las condiciones aceptables de este derecho frente a proyectos de inversión, llegando en el caso *Saramaka vs. Surinam*, al igual que lo hace la Declaración, a reconocer que los pueblos indígenas tienen derecho al consentimiento libre, previo e informado en el caso de grandes proyectos de inversión o desarrollo susceptibles de causar un impacto mayor.

Estrechamente vinculado a este derecho, se encuentra otro establecido en el Convenio 169: el derecho de los pueblos indígenas a definir las prioridades en materia de desarrollo (art. 7.1.), cuya implementación es analizada en el caso de Colombia por el antropólogo William Villa. En su artículo Villa analiza la fundamentación jurídica y política de este derecho, dando cuenta además de la visión que los propios indígenas de Colombia tienen de él. Ello al concebirlo como un derecho estrechamente vinculado a otros derechos colectivos que les son reconocidos por el Convenio 169 y la Declaración, como el derecho al territorio y a su autodeterminación. Esto, a juicio de Villa sería consistente con la concepción que la propia OIT tiene en esta materia, al reconocer un enfoque del desarrollo basado en los derechos que se sustenta en el respeto por los derechos de los pueblos indígenas de decidir sus propias prioridades y que subraye la importancia de los conceptos de consulta y participación.

Al analizar las implicancias de este derecho en el caso de Colombia, Villa contextualiza los procesos económicos que se están dando en este país, los que no difieren en mucho de los que hoy se impulsan en otros estados de la región. Así da cuenta de la presión sobre las tierras y recursos naturales indígenas producto de la agroindustria y la urbanización en los Andes colombianos, en los valles interandinos y la costa Caribe, donde se asienta la mayor parte de la población colombiana. También da cuenta de la presión existente sobre territorios indígenas localizados en la Orinoquía y en el Piedemonte Amazónico, donde se impone la industria de los hidrocarburos, actividad que, a pesar del ejercicio del derecho de consulta previa de los pueblos indígenas, no logra proteger a estos pueblos de la afectación de sus territorios, cultura y economía, y menos aún, garantizar su participación en la toma de decisiones. Ejemplifica esta realidad en el caso de los emberá, habitantes de la región del Pacífico, pueblo sobre cuyo territorio reconocido en 62 resguardos, el Estado colombiano ha otorgado alrededor de 300 títulos mineros, sin que las autoridades indígenas tengan conocimiento, lo que a su juicio da cuenta de que los territorios indígenas se siguen pensando como baldíos. A ello se suma una realidad específica de Colombia que dificulta los planes de vida de los pueblos indígenas, relacionada con la violencia resultante del conflicto armado que se vive en ese país, el que les afecta de manera determinante y que ha resultado en el desplazamiento forzado, en asesinatos, y en la detención arbitraria de la población indígena. Villa destaca la jurisprudencia de la Corte Constitucional de ese país, la que mediante Auto 004 de 2009, que da seguimiento a la Sentencia T-025 de 2004, constata que 34 pueblos indígenas se encuentran amenazados de extinción y se ordena al Estado formular con su participación planes de salvaguarda para proteger su existencia.

Villa finalmente analiza las limitantes del derecho a la autonomía indígena en Colombia en razón de que la normativa constitucional de 1991, que reconoce las entidades territoriales indígenas, nunca fue legislada. También por el hecho de que la normativa sobre resguardos determina que los recursos que el Estado destina a ellos sean traspasados a los municipios, y sean éstos los que determinan la pertinencia de los proyectos de inversión que realizan las autoridades indígenas. También analiza los “planes de vida” que los pueblos indígenas impulsan desde los 90, los que constituirían una expresión de resistencia de estos pueblos para poner límite a las formas estatales de planeación y a la noción clásica de desarrollo. Villa sostiene, sin embargo, que en la práctica estos planes se habrían transformado en la enunciación de una serie de proyectos que les permite acceder a los recursos transferidos por el Estado. En ese complejo contexto, concluye Villa, que a pesar de los cambios normativos y jurisprudencia constitucional, el derecho colectivo a un desarrollo propio del Convenio 169 constituye aún una promesa incumplida.

Un tema central del Convenio 169 analizado en profundidad en este informe es el de la implementación por los estados de América Latina de los derechos de los pueblos indígenas a mantener sus costumbres e instituciones propias, a su derecho consuetudinario, al respeto por los métodos tradicionales de los pueblos indígenas para la sanción de sus delitos, y a la consideración por parte de la justicia estatal de las costumbres de estos pueblos en materia penal, entre otros (arts. 8 a 12 del Convenio). Esta problemática, que en el campo académico ha sido conocida como la del reconocimiento del “pluralismo jurídico”, pluralismo contrapuesto al monismo jurídico hasta ahora dominante en gran parte de la región, es abordada desde diferentes enfoques disciplinarios e interculturales por el sociólogo Pablo Ortiz, el economista y dirigente de la Coordinadora Andina de Organizaciones Indígenas (CAOI) Luis Vittor y por la jurista Silvina Ramírez.

Los autores coinciden en señalar que en el contexto de opresión y exclusión de los pueblos indígenas dominante en la región hasta antes de la aprobación del Convenio 169, contexto que como señala Ortiz fue descrito por Pablo González Casanova en los años sesenta como uno de “colonialismo interno”[8], no se dio cabida al pluralismo jurídico, negándose la vigencia de los sistemas de justicia indígena, sistemas que se encontraban subordinados a los grupos de poder que controlaban los estados. Se trata de una realidad que, como nos señala Vittor, fue constatada también por el Relator Especial Martínez Cobo en su Estudio sobre la Discriminación de las Poblaciones Indígenas, cuando afirmó que para los indígenas no existía

un principio de igualdad en la administración de justicia. En esta época las demandas dominantes de los pueblos indígenas estuvieron relacionadas fundamentalmente con la tierra y el territorio, aunque estas habrían in-cluido también –a juicio de Vittor, aquellas relacionadas con el reconocimiento de las autoridades indígenas y la vigencia de los usos y costumbres; derechos que, en el caso de Perú, obtienen reconocimiento constitucional tempranamente en 1979.

Los tres autores dan cuenta a su vez de las importantes transformaciones constitucionales verificadas en esta materia desde la aprobación del Convenio 169, en particular en los países andinos, Guatemala y México. Especialmente esclarecedor es el cuadro contenido en el artículo de Ortiz en que se da cuenta de la evolución del constitucionalismo latinoamericano en la materia desde la CP de Colombia en 1991 hasta la CP de Bolivia el 2009. De acuerdo a estas constituciones se reconoce a los indígenas (pueblos, comunidades, rondas campesinas, a sus autoridades) la potestad de ejercer funciones jurisdiccionales, siempre dentro de su ámbito territorial. En la mayor parte de los casos, dichas constituciones limitan estas funciones jurisdiccionales indígenas a que no sean contrarias a los derechos humanos (derechos fundamentales de las personas, y en algunos casos se agregan también la Constitución y las leyes de la República, en otros casos se acota a los derechos humanos reconocidos en instrumentos internacionales). En todas estas CP se establece la necesidad de dictación de legislación de coordinación entre el sistema de justicia estatal y la jurisdicción indígena.

Este último requerimiento constitucional, el de la dictación de leyes de coordinación entre sistemas de justicia, es a juicio de los autores, una de las mayores falencias del reconocimiento y aplicación de los sistemas de justicia indígena, y consecuentemente del pluralismo jurídico en la región. Ello puesto a que dicha legislación de coordinación no ha sido dictada en la mayor parte de los estados. Los mismos autores destacan como un caso de sumo interés el de Colombia, donde la vigencia de los sistemas de justicia indígena ha sido establecida jurisprudencialmente por la Corte Constitucional (en adelante CC) de ese país. Dicha CC ha establecido en su Sentencia T-254/94 que el ejercicio de la jurisdicción indígena no está condicionada a la expedición de una ley que la habilite. También relevante, según Vittor y Ramírez, es la forma como la CC de Colombia ha intentado resolver a través de su jurisprudencia los límites constitucionales a la aplicación de justicia indígena referidos al respeto por los derechos humanos. Es así como plantean que dicha Corte estableció en su Sentencia T-349/96 como regla de interpretación el de “la maximización de la autonomía de las

Escrito por IWGIA

Domingo, 18 de Enero de 2015 02:30 - Actualizado Domingo, 18 de Enero de 2015 20:38

comunidades indígenas” y “la minimización de las restricciones”. En este sentido sostienen que los límites deben estar constituidos por “los mínimos aceptables” que incluyen actos intolerables que atentan contra “los bienes más preciados del hombre”, acotándose estos al “derecho a la vida, la prohibición de la esclavitud y la prohibición de la tortura”.

La aplicación del Convenio en la región en esta materia tiene, como señala Ramírez, luces y sombras. En la medida en que los estados han ratificado el Convenio 169, su aplicación se ha hecho más extendida, en particular a través de la jurisprudencia de los tribunales de justicia y órganos de control constitucional. Ramírez da cuenta de diversos fallos de la justicia en Guatemala, Bolivia, entre otros, en que se invoca el Convenio 169 reconociéndose tanto el derecho indígena como los sistemas de justicia de estos pueblos. En cuanto a sus sombras, sostiene que aún persiste la reticencia de muchos estados para incorporar el derecho indígena a su normativa. Como ejemplo de ello cita el caso de Chile, cuyo Tribunal Constitucional decidió en sentencia de 2000 que, a diferencia del derecho a la consulta, que consideró autoejecutable, que el derecho a ejercer derecho propio, no lo era, requiriendo una regulación progresiva para su aplicación. La misma autora señala que la Declaración viene a complementar el contenido del Convenio 169 en esta materia, y que los derechos de libre determinación y autonomía en ella contenidos, son fundamentos de la justicia indígena y de todos los derechos colectivos de los pueblos indígenas. Por lo mismo, sostiene, a partir de la aprobación de la Declaración, el Convenio 169 debe interpretarse en esta materia de conformidad con ella.

Una tensión que preocupa a Ramírez es aquella derivada de la lectura de los derechos humanos como límites de la justicia indígena. Si bien comparte que los derechos humanos, aún definidos desde la perspectiva occidental, han sido incorporados como universales en numerosos instrumentos internacionales, estos requieren de una lectura intercultural en su aplicación a los pueblos indígenas, de bagaje cultural diverso. Para abordar esta tensión propone sustituir el enunciado del artículo 8 del Convenio 169 que reconoce el derecho a conservar sus costumbres e instituciones propias siempre que no sean incompatibles con los “derechos fundamentales definidos por el sistema jurídico nacional”, por la frase “[...] que no sea incompatible con los derechos humanos definidos interculturalmente”. Ello para evitar que se dé lugar a una comprensión reducida y limitada la jurisdicción indígena.

Finalmente, en el mismo tema, Ortiz aborda en su análisis las complejidades de los sistemas de justicia indígena en su aplicación práctica. Ello, sostiene, dado que estos sistemas no siempre son armónicos, tampoco homogéneos o estáticos, lo que presenta desafíos a la hora de su determinación. Una complejidad particular que destaca este autor es la que dice relación con la aplicación de justicia indígena y comunitaria a las mujeres, las que de acuerdo a distintas investigaciones a que hace referencia, no encuentran adecuada protección a sus derechos en ella, así como tampoco en la justicia ordinaria. Dada su situación de subordinación al interior de sus propias culturas, la violencia en contra de las mujeres queda muchas veces en la impunidad. Ello obedece, según Ortiz, a actuaciones ambiguas de las autoridades indígenas, y a marcos normativos poco claros en los pueblos indígenas respecto a las sanciones a este tipo de conductas de violencia de género.

En el último artículo de este informe María Eugenia Choque, historiadora aymara de Bolivia e integrante del Foro Permanente de Cuestiones Indígenas de Naciones Unidas, analiza las implicancias que el Convenio 169 ha tenido para las mujeres indígenas en América Latina. En dicho artículo su autora, describe la situación de las mujeres indígenas en la región en forma previa a la entrada en vigencia del Convenio 169, dando cuenta de cómo ellas fueron invisibilizadas a través de los procesos coloniales y republicanos, a pesar de su importante rol económico, ritual y cultural en las sociedades indígenas. Choque se refiere en particular a cómo las mujeres indígenas fueron sometidas al trabajo doméstico, lo que facilitó el despojo de territorios y el exterminio indígena, dando cuenta, además, de la resistencia de la mujer indígena, la que considera fue fundamental en la conservación, desarrollo y fortalecimiento de los conocimientos tradicionales e identidad cultural indígena, debiendo para ello enfrentar una discriminación estructural.

Igualmente sostiene que la ratificación por los estados de la región del Convenio 169, el que en su artículo 3 establece la no discriminación entre hombres y mujeres indígenas, ha tenido importantes impactos en los derechos de las mujeres indígenas. A ello ha contribuido a su juicio el hecho de que muchos estados de América Latina son signatarios de la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer, y de la

Escrito por IWGIA

Domingo, 18 de Enero de 2015 02:30 - Actualizado Domingo, 18 de Enero de 2015 20:38

Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación, ambas de Naciones Unidas, instrumentos que junto al Convenio 169 deben ser leídos de forma progresiva y armónica. Choque analiza, asimismo, las implicancias de estos instrumentos en el reconocimiento y vigencia efectiva para las mujeres indígenas de, entre otros derechos, la participación, el derecho a la consulta y al consentimiento libre previo e informado, los derechos territoriales, y en materia de condiciones de empleo y seguridad social y de salud y educación.

A juicio de la autora las mujeres indígenas a través de sus organizaciones han impulsado su participación en todos los espacios, tanto a nivel internacional como doméstico, en este último caso en todos los niveles del gobierno, incluyendo el municipio y los gobiernos locales. En materia de consulta, Choque da cuenta de las asimetrías que afectan a las mujeres indígenas en razón de factores lingüísticos y culturales, de sus niveles de instrucción, de sus dedicaciones familiares, agrícolas y pastoriles, entre otras, lo cual dificulta su participación en estos procesos. Ello se ve agudizado por la inexistencia de procedimientos de consulta acordes con la cultura y las tradiciones. Igualmente, en relación a los derechos sobre la tierra y el territorio observa que a pesar del Convenio 169 y de las normas estatales que establecen la igualdad de derechos con los hombres, las mujeres muchas veces dependen del hombre en el acceso a la tierra, viéndose postergadas por éstos en el ejercicio de estos derechos. Ello como consecuencia de las normas culturales que favorecen a los hombres en su perjuicio, y de que los cargos autoridad son también ejercidos por hombres. En cuanto a los derechos laborales y sociales, Choque sostiene que las mujeres indígenas siguen siendo objeto de una doble situación de discriminación como consecuencia de su género e identidad de pueblo.

Otro fenómeno que sigue afectando a las mujeres indígenas en el ejercicio de sus derechos, a juicio de Choque, es el de la violencia, realidad que las mujeres indígenas deben enfrentar a nivel doméstico y de la comunidad. Frente a esta crítica realidad, como sostiene la autora, las mujeres han desarrollado estrategias de organización y de movilización a nivel de pueblo, de los estados, y a nivel regional y global, haciendo uso de herramientas como los informes ante los órganos de tratado que conciernen a sus derechos. Choque concluye que, aunque ha habido avances normativos en la protección de los derechos de pueblos indígenas en los diversos estados de la región, falta una coherencia entre la norma y su aplicación a nivel comunitario y local. Ello implica un esfuerzo de mayor comprensión de los derechos de los pueblos indígenas, en particular en el caso de las mujeres indígenas cuya realidad en muchos

casos sigue siendo crítica.

Los análisis contenidos en este informe permiten dar cuenta del significativo impacto que el Convenio 169 ha tenido en el reconocimiento y implementación, al menos parcial, de los derechos de los pueblos indígenas en América Latina. Tales avances se evidencian de múltiples maneras. Por de pronto la ratificación del Convenio por 15 estados de la región, poco menos de tres cuartas partes del total de estados que lo han ratificado a la fecha, constituye un importante paso en el reconocimiento jurídico de los derechos colectivos de estos pueblos en él establecidos. Ello tomado en consideración, como ha sido señalado en este informe, que al ratificar este tratado internacional los estados se comprometen a implementarlo de buena fe, dando cumplimiento a sus disposiciones, debiendo para ello adoptar medidas legislativas y acciones para hacer efectivos los derechos en este reconocidos. También por cuanto, sus disposiciones constitutivas de derechos humanos pasan a ser parte de los ordenamientos jurídicos internos de los estados que los han ratificado, en varios casos al más alto nivel jerárquico, esto es, el bloque de constitucionalidad.[9]

Tal como se señala en los varios artículos de este informe, muchos de los derechos establecidos en el Convenio 169 además han sido recepcionados en los ordenamientos constitucionales de los estados que lo han ratificado en la región. Ello con la excepción de Chile y de Costa Rica. En efecto, dicho Convenio incidió, aún antes de su ratificación por algunos estados, en reformas constitucionales que reconocieron a los pueblos indígenas —o sus comunidades— como sujetos colectivos, y establecieron en su favor un conjunto de derechos políticos de participación, consulta, autonomía, justicia propia, de derechos territoriales relacionados con la tierra, el territorio y los recursos naturales, y derechos de carácter lingüístico y cultural.

Si bien es cierto que no todas las transformaciones constitucionales se vieron acompañadas de reformas legislativas, no es menos efectivo que en varios estados se ha dictado normativa

Escrito por IWGIA

Domingo, 18 de Enero de 2015 02:30 - Actualizado Domingo, 18 de Enero de 2015 20:38

legal y/o reglamentaria sobre delimitación y saneamiento territorial, sobre procedimientos de consulta a los pueblos indígenas, sobre participación política o modalidades de autonomía indígena, a través de las cuales intentaron, no siempre con éxito, adecuar las disposiciones internas a las normas del Convenio 169. Dicho Convenio, además, ha sido aplicado en forma directa por los tribunales de justicia o por las instancias de justicia constitucional en innumerables ocasiones. Destaca en este sentido el caso de Colombia, donde la jurisprudencia de la CC de ese país ha permitido el desarrollo e implementación de derechos fundamentales de los pueblos indígenas, como la consulta y en ciertos casos el derecho al consentimiento, libre, previo e informado, el derecho a los sistemas de justicia indígena y a sus formas de gobierno propio, jurisprudencia muchas veces fundada en las disposiciones del Convenio 169.

Otra modalidad en que el Convenio 169 ha tenido un impacto significativo a nivel regional ha sido a través de su recepción en la jurisprudencia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, en particular por la Corte IDH. En efecto, a falta de una normativa específica aplicable a los pueblos indígenas en el ámbito Interamericano, esta Corte ha señalado que el Convenio 169 forma parte del *corpus juris* de los derechos humanos aplicables a pueblos indígenas, *corpus juris* conformado por el conjunto de normas de derechos humanos que establecen la protección especial que requieren los miembros de las comunidades indígenas, contenidas en los instrumentos internacionales antes referidos (*Yakye Axa vs. Paraguay*). Tanto la Comisión Interamericana de Derechos Humanos como la Corte IDH, además, han recurrido y tenido presentes las interpretaciones que los órganos de tratado han realizado sobre el alcance y sentido de las disposiciones de otros instrumentos de derecho internacional aplicables a los pueblos indígenas. De especial relevancia en este sentido es la jurisprudencia de la Corte IDH en materia de derechos territoriales, la que ha tomado en consideración no solo el artículo 14 del Convenio 169 referido a los derechos de propiedad y posesión sobre las tierras que tradicionalmente ocupan, reconociendo la propiedad ancestral indígena, sino también la interpretación que los órganos de supervisión de la OIT han dado en la materia. Ello al establecer que los derechos de propiedad y posesión de que trata el artículo 14 del Convenio 169 no solo se refieren a aquellas tierras sobre las cuales los pueblos indígenas tienen propiedad legal, sino también sobre aquellas de propiedad ancestral, aunque no tengan título de dominio sobre ellas (*Awás Tingni vs. Nicaragua*)

Relevante también es la labor desarrollada por los órganos de supervisión de la OIT; la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones y la Comisión de Aplicación de Normas de la Conferencia Internacional del Trabajo. Tales órganos, que constituyen las instancias autorizadas para la supervisión de los convenios de la OIT, han desarrollado, tanto en el contexto del control periódico de la aplicación del Convenio 169 por los estados de la región que lo han ratificado o frente a reclamaciones específicas realizadas por el incumplimiento de sus disposiciones, de acuerdo a los procedimientos que establece para dicho fin, una labor de interpretación del alcance y sentido de los derechos en él reconocidos a los pueblos indígenas, que ha sido de gran utilidad en América Latina. Ejemplo de ello son la observación general que el Comité de Expertos ha realizado sobre el derecho de la consulta[10], o la precisión, recaída en diversos casos en distintos contextos de la región, del alcance y sentido del derecho de propiedad sobre las tierras de ocupación tradicional indígena[11]. A pesar de la importancia de dichas interpretaciones, que constituyen una suerte de jurisprudencia análoga a la de la Corte IDH que delinea las directrices para la implementación del Convenio 169, el cumplimiento por los estados de las observaciones y recomendaciones emanadas de los órganos de supervisión de la OIT, sin embargo, no parece ser significativo. Ello es grave, ya que da cuenta que los estados que lo han ratificado no cumplen de buena fe, como lo dispone la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados, con las obligaciones establecidas en el Convenio 169. Tampoco dan cumplimiento a su artículo 2, el que como señaláramos, establece la obligación de los gobiernos de desarrollar, con la participación de los pueblos indígenas, una acción coordinada y sistemática para proteger los derechos de estos pueblos. Destacable en este sentido es la labor desarrollada por programas específicos impulsados por la OIT en la región para promover el conocimiento de los contenidos de este Convenio entre los pueblos indígenas y por los órganos de los estados encargados de su aplicación, como el Programa para promover el Convenio 169 (PRO 169)[12]. Su contribución, a través de la difusión de los contenidos de este Convenio, y de la interpretación por los órganos de tratado de la OIT e implementación a nivel legislativo y judicial a nivel comparado, es valorable. Su efectividad para impactar a los tomadores de decisión estatal a nivel regional, debe ser evaluada por la propia OIT.

También destacable es el impacto que el Convenio 169 ha tenido en las políticas públicas regionales. Uno de los ámbitos en que estas políticas han sido gatilladas por el Convenio 169 ha sido el referido a la titulación de tierras y territorios indígenas. En efecto, tal como se constata en el artículo referido a los derechos indígenas sobre la tierra y el territorio en este informe, los procesos de identificación, demarcación, el saneamiento, y en algunos casos la titulación comunal a favor de los pueblos indígenas de una superficie no despreciable de tierras de ocupación tradicional, hasta antes en propiedad de particulares o consideradas fiscales, que fueran impulsados en estados como Bolivia, Brasil y Colombia, no habrían sido posibles ni

Escrito por IWGIA

Domingo, 18 de Enero de 2015 02:30 - Actualizado Domingo, 18 de Enero de 2015 20:38

entendibles sin el Convenio 169. No es menos efectivo que estas y otras transformaciones jurídicas y de políticas públicas no se hubieran producido sin la movilización indígena verificada desde la entrada en vigencia del Convenio 169 hasta la fecha. Ello incluye procesos como las grandes movilizaciones de los pueblos indígenas de Ecuador y Bolivia a comienzos de los noventa, la rebelión de los zapatistas en México en 1994 y las movilizaciones posteriores a ello, así como, entre otras, las de los mapuches en Chile durante la década del 2000. Dichas movilizaciones, por cierto, incluyen aquellas desarrolladas por las organizaciones de mujeres indígenas a lo largo de la región.

Pese a todos estos avances a los cuales el Convenio 169 ha contribuido de manera fundamental, es indudable, como se da cuenta en la mayor parte de los artículos aquí contenidos, que la brecha de implementación identificada por el anterior Relator Especial de la ONU sobre derechos indígenas Rodolfo Stavenhagen en relación a las disposiciones constitucionales referidas a estos pueblos, es igualmente aplicable a las disposiciones del Convenio 169, las que en muchos contextos no se han traducido en cuerpos normativos o políticas que hayan permitido hacerlas realidad, y por esa vía permitir que los pueblos indígenas gocen plenamente de los derechos humanos y libertades fundamentales, sin obstáculos y discriminación como lo dispone su artículo 3.1. En efecto, tal como lo señala el informe de CEPAL presentado a la reciente Conferencia Mundial sobre los Pueblos Indígenas de las Naciones Unidas[13], a pesar de los avances en el reconocimiento de derechos de estos pueblos a nivel regional, los pueblos indígenas siguen siendo objeto de situaciones de vulnerabilidad y afectados por la persistencia de altos niveles de desigualdad en casi todos los aspectos de sus vidas.

Tal brecha es particularmente perceptible en materia de los derechos sobre las tierras, territorios y recursos naturales de los pueblos indígenas, del derecho a la consulta frente a las medidas administrativas y legislativas susceptibles de afectarles directamente, y del derecho a definir las prioridades en materia de desarrollo que el Convenio 169 les reconoce. Ello no es una casualidad, sino que está estrechamente relacionado con la imposición a los pueblos indígenas por parte de los estados de su visión y planes de desarrollo, planes generalmente basados en la explotación de los recursos naturales ubicados en las tierras y territorios de ocupación tradicional indígena, protegidos por el Convenio 169, que se contraponen a los planes de vida de los pueblos indígenas, así como al derecho de estos pueblos a definir sus propias prioridades en materia de desarrollo. Como señala la CEPAL al respecto en su reciente

informe:

La expansión de las actividades primario-exportadoras en la región ha implicado graves impactos ambientales, reclasificación espacial y afectación de derechos, intereses, territorios y recursos de pueblos indígenas. Las disputas relacionadas con el control de los territorios y los recursos naturales se prestan fácilmente al conflicto violento, aunque estos pueden verse agravados en contextos de exclusión política, discriminación social y marginalización económica[14].

Junto a los procesos de criminalización de la protesta social indígena a que los conflictos generados por proyectos de inversión en territorios indígenas han dado lugar, uno de los ámbitos de mayor tensión en la implementación del Convenio 169 en la región es el relacionado ejercicio del derecho a la consulta de los pueblos indígenas frente a medidas administrativas que recaen sobre tales proyectos. La concreción del deber del Estado de consultar a los pueblos indígenas a objeto de buscar su acuerdo o consentimiento establecida por el Convenio en forma previa al desarrollo de iniciativas como los proyectos de inversión que afecten sus tierras, territorios y recursos aquí referidos, es en la casi totalidad de la región una agenda pendiente. Ello tanto en lo referido a la regulación legislativa, como en la política pública sobre la materia. Las directrices del Convenio 169 al respecto, hoy complementadas por las de la Declaración a la que la totalidad de los estados de la región han adherido, así como también por la Corte IDH en su jurisprudencia basada en el Convenio, como hemos visto en los artículos de este informe, son claras. Por lo mismo, no pueden ser ignoradas por los estados, o utilizadas de mala fe para imponer sus visiones y planes de desarrollo. La materialización de este deber estatal requiere, además, de una urgente regulación jurídica, que se traduzca en una normativa que permita su aplicación a situaciones concretas, como los proyectos de inversión aquí referidos, o la aprobación de legislación que les concierne, resulta indispensable y urgente.

No es casual que haya sido el ejercicio de este derecho por parte de los pueblos indígenas de la región el que haya gatillado en el contexto de los 25 años de la vigencia del Convenio, la reacción de los sectores empresariales, quienes a través de los empleadores de la región llevaron a la OIT a encargarse de un estudio en al menos cuatro estados de América Latina (Chile, Colombia, Costa Rica y Guatemala) para analizar el efecto de la aplicación del Convenio 169 sobre los proyectos de inversión. El estudio, que está en ejecución, habría sido motivado por la solicitud de la Organización Internacional de Empleadores (OIE), la que tendría por objetivo “[...] aclarar el marco normativo vigente para la implementación del convenio, así como determinar el flujograma del proceso de consulta previa, paso a paso, institución por institución, haciendo notar los tiempos transcurridos en cada etapa, así como identificar recomendaciones y sugerencias para lograr un proceso más inclusivo, más eficaz, eficiente y predecible”[15]. De acuerdo a versiones de medios de prensa vinculados a los sectores empresariales de Chile, se espera que en este estudio se hagan recomendaciones que mejoren la aplicación del Convenio (Ibid). Teniendo presente las preocupaciones manifestadas por los empleadores, referidas a la paralización de las inversiones como producto de los procesos de consulta indígena, es previsible que dichas recomendaciones apunten hacia lograr la flexibilización de la normativa de la consulta frente a medidas administrativas que recaen en dichos proyectos establecida por el Convenio 169, o al menos la normativa estatal que las regula, lo que resulta muy preocupante.

Como sabemos, no se trata de un hecho aislado, sino de una tendencia restrictiva de derechos de pueblos indígenas que se ha manifestado a nivel regional en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, en este caso motivada por la reacción de algunos estados frente a medidas cautelares que han puesto freno a proyectos de inversión de gran magnitud ubicados en territorios indígenas por no haber sido adecuadamente consultados. El caso más conocido es el del Estado brasileiro, afectado por la medida cautelar adoptada el 2011 por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) que ordenó suspender la construcción de la represa hidroeléctrica de Belo Monte ubicada en el Río Xingu, estado de Pará, violando derechos de comunidades indígenas y campesinas, entre otras razones, por la ausencia de un proceso de consulta adecuado. La presión de este Estado llevó a dicha Comisión a revisar las medidas adoptadas limitándose a solicitar al gobierno de Brasil adoptar medidas para proteger la vida y salud de la población afectada, y de mitigación de los efectos de la construcción de la presa[16]. Más aún, éste y otros casos llevaron a varios estados de la región –que considerando que la Comisión IDH estaba yendo muy lejos en sus competencias, limitando sus intereses soberanos (léase económicos, tales como las inversiones extractivas y productivas en territorios indígenas)–, a motivar un proceso de reforma del Sistema Interamericano de Derechos Humanos que limitó seriamente el mecanismo para el otorgamiento de medidas cautelares en estos casos, restringiéndolas solo a situaciones de riesgo de daño irreparable a las personas[17]

La superación de la situación de tensión generada en torno a la implementación del derecho a la consulta, derecho que ha sido considerado por los órganos de la OIT como “la piedra angular del Convenio”, no será fácil. Ella requerirá del involucramiento de todas las partes. Los estados tienen, sin duda, una gran responsabilidad en este sentido. Ellos no solo deben actuar de buena fe en el cumplimiento del Convenio 169, sino que deben asumir, como también han sostenido los órganos de supervisión de la OIT, que la consulta es una posibilidad de generar un diálogo intercultural a través del cual los pueblos indígenas puedan efectivamente incidir en las decisiones susceptibles de afectarles directamente. En efecto, tal como señala la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones:

[I]a forma y el contenido de los procedimientos y mecanismos de consulta tienen que permitir la plena expresión –con suficiente antelación y sobre la base del entendimiento pleno de las cuestiones planteadas– de las opiniones de los pueblos interesados a fin de que puedan influir en los resultados y se pueda lograr un consenso, y para que estas consultas se lleven a cabo de una manera que resulte aceptable para todas las partes. Si se cumplen estos requisitos, las consultas pueden ser un instrumento de diálogo auténtico, de cohesión social y desempeñar un papel decisivo en la prevención y resolución de conflictos[18].

Resulta fundamental también que el Convenio 169 de la OIT sea interpretado y aplicado por los estados, teniendo presente la Declaración, y que en ciertos casos, como la relocalización, o grandes proyectos de inversión susceptibles de causar un impacto de gran magnitud en los derechos de pueblos indígenas, como lo señalara la Corte IDH en su sentencia en el caso *Saramaka vs. Surinam*, reconozcan el derecho de los pueblos indígenas al consentimiento libre, previo e informado antes de la adopción de este tipo de medidas.

Solo de esta manera se pondrá fin a formas de imposición estatal a los pueblos indígenas que han causado tanto daño en la historia colonial y republicana de la región. Como lo señalara el anterior Relator Especial de la ONU sobre derechos indígenas James Anaya, “[...] el deber de los Estados de celebrar consultas con los pueblos indígenas y los principios conexos ha surgido para poner fin a modelos históricos de decisiones que se han impuesto a los pueblos indígenas y a condiciones de vida que han amenazado su supervivencia”[19].

También corresponderá un papel fundamental a los propios pueblos indígenas, quienes son los titulares de derechos reconocidos en el Convenio 169. La materialización de este derecho no solo requerirá de su movilización, la misma que ha posibilitado los avances en su implementación a lo largo de la región, como se da cuenta en los artículos, sino también la definición de sus instituciones representativas. Tal como observa el mismo Relator Especial es posible que “[...] los pueblos indígenas también necesiten mejorar o revisar sus propias instituciones, mediante sus propios procedimientos de adopción de decisiones, con el fin de establecer estructuras representativas que faciliten el proceso de consulta”.²⁰ Ello por cuanto, como el Relator Especial constata en sus informes sobre la materia, cuando estos pueblos no aclaran sus estructuras organizativas de representación, los procesos de consulta se pueden enredar y retrasar el proceso de consultas (Ibid).

Finalmente, requerirá de una voluntad y acción sistemática de la propia OIT, la que junto con promover un mayor conocimiento del Convenio 169 por las partes involucradas e interpretar el sentido y alcance de sus disposiciones, deberá resistir las presiones de sectores que los impugnan al ver afectados sus intereses. También deberá redoblar sus esfuerzos por monitorear el cumplimiento por los estados de su jurisprudencia y recomendaciones sobre la materia, única manera de garantizar el cumplimiento efectivo de sus disposiciones.

Hoy más que nunca, en que los pueblos indígenas y sus territorios se encuentran sometidos a presiones sin precedentes en el contexto de la imposición de una visión del desarrollo que no respeta las tierras, los recursos, las culturas asociadas a ellos y las opciones de los pueblos indígenas por sus propios planes de vida, la OIT debe fortalecer su acción en favor del Convenio 169. Ello de modo de proyectar este instrumento por otros 25 años, como un poderoso instrumento de diálogo intercultural que permita hacer justicia a los pueblos indígenas, y posibilitar la existencia de sociedades más respetuosas de la diversidad étnica y cultural en la región.

[1]El Convenio 107, imbuido en las ideas del indigenismo dominante a la época de su aprobación, promovía la “integración progresiva” de las denominadas “poblaciones indígenas” en sus respectivas colectividades nacionales (preámbulo). Además, establecía medidas especiales de protección para quienes consideraba se encontraban en “una etapa menos avanzada que la alcanzada por otros sectores de la colectividad nacional” (artículo 1.a). Dicha protección era concebida como transitoria. Ello en la medida en que estas debían aplicarse “[...] solo mientras exista una necesidad de una protección especial [...]” (artículo 3.2.b).

[2]Preámbulo del Convenio N° 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes, Organización Internacional del Trabajo 1989.

[3]Este tratado, adoptado por la Conferencia Internacional del Trabajo en 1957, va acompañado de la Recomendación No104 que tiene el mismo título.[4]OIT, “Convenio No 169 sobre pueblos indígenas y tribales: Un manual”, OIT, p. 4.

[5] *Ibíd*em, p. 5.

[6] A nuestro entender, el proceso normativo se inicia, oficialmente, en 1986, con la “Reunión de expertos sobre la revisión del convenio sobre poblaciones indígenas y tribuales, 1957 (No107)” convocada por el Consejo de Administración de la OIT; esta reunión –*inter alia*– recomendó incluir la revisión de dicho convenio en el orden del día de la Conferencia Internacional del Trabajo de 1988.

[7] Se debe precisar que, en el preámbulo del Convenio 169, se deja constancia de la colaboración de los mencionados organismos especializados, agregando que “...se tiene el propósito de continuar esa colaboración a fin de promover y asegurar la aplicación de estas disposiciones”. Además, se debe recordar que esos organismos que participaron en el proceso (1986-1989) ya tenían instrumentos y/o programas de lucha contra la discriminación

[8] Pero la historia de la “búsqueda de justicia” en los organismos internacionales se remonta a la época de la Sociedad de las Naciones (SDN) cuando el jefe cayuga Deskaheh, en representación de las “Seis Naciones del Gran Río”, en 1923, llegó a Ginebra para exigir el cumplimiento de un tratado firmado con los ingleses en 1784 y a solicitar la incorporación de las Seis Naciones a la SDN.

[9] Las mencionadas conferencias de ONG internacionales, se realizaron en Ginebra, fueron organizadas por el “Subcomité sobre el racismo, la discriminación racial, el apartheid y la descolonización del Comité Especial de ONG sobre los derechos humanos”.

[10] Esta declaración se refiere, específicamente, al continente americano y señala que: “El etnocidio significa que a un grupo étnico, colectiva o individualmente, se le niega su derecho de disfrutar, desarrollar y transmitir su propia cultura y su propia lengua. Esto implica una forma extrema de violación masiva de los derechos humanos, particularmente del derecho de los grupos étnicos al respeto de su identidad cultural, tal como lo establecen numerosas declaraciones, pactos y convenios de las Naciones Unidas y sus organismos especializados, así como diversos organismos regionales intergubernamentales y numerosas organizaciones no gubernamentales”. Esta definición, sin ninguna duda, describe una discriminación grave y generalizada.

[11] ONU, “Estudio del problema de la discriminación contra las poblaciones indígenas” por José R. Martínez Cobo, Re-lator Especial de la Subcomisión de prevención de discriminaciones y protección a las minorías, Volumen V, Conclusiones, propuestas y recomendaciones, documento E/CN.4/Sub.2/1986/7/Add.4. Además, en particular, de este estudio es preciso analizar el Capítulo VIII, “Medidas de orden general a adoptar para la prohibición, la prevención y la eliminación de la discriminación”, documento E/CN.4/Sub.2/476/Add.3. [1981]. Este estudio, conocido también como el “Informe Martínez Cobo”, hace un descarnado análisis de la (multifacética) discriminación contra los pueblos indígenas, y, al mismo tiempo, propone medidas (nacionales e internacionales) para combatir dicho delito.

[12] Más allá de la categoría “guerra”, había “conflictos armados internos” en Guatemala, El Salvador, Nicaragua, Colombia y Perú.

[13] Ver en particular los siguientes informes del GTPI: E/CN.4/Sub.2/1982/33, E/CN.4/Sub.2/1983/22, E/CN.4/Sub.2/1984/20, E/CN.4/Sub.2/1985/22 y E/CN.4/Sub.2/1985/22/Add.1. Pensamos que la primera aproximación a establecer que se trataba de un “problema mundial”, aparece en un enjundioso estudio titulado: “Poblaciones indígenas: condiciones de vida y de trabajo de los pueblos autóctonos de los países independientes”, OIT, 1953.

[14] En nuestra opinión, los principales Convenios de la OIT que se relacionan, directamente, con disposiciones del Convenio N° 169 son los siguientes: a) Convenio N° 29 (1930) sobre el trabajo forzoso; b) Convenio N° 81 (1947) sobre la inspección del trabajo; c) Protocolo (1995) del Convenio N° 81; d) Convenio N° 87 (1948) sobre la libertad sindical y el derecho de sindicación; e) Convenio N° 110 (1958) sobre las plantaciones; f) Protocolo (1958) del Convenio N° 110; g) Convenio N° 111 (1958) sobre la discriminación (empleo y ocupación); h) Convenio N° 118 (1962) sobre la igualdad de trato (seguridad social); i) Convenio N° 129 (1969) sobre la inspección del trabajo (agricultura); j) Convenio N° 138 (1973) sobre la edad mínima; y, k) Convenio N° 182 (1999) sobre las peores formas de trabajo infantil.

[15] Con respecto a las diferencias y coincidencias entre los respectivos instrumentos de la ONU y de la OIT se ha escrito que: “Las disposiciones de la Declaración y del C.169 se complementan mutuamente. Sin embargo, la Declaración aborda otros temas que no fueron incluidos en el C. 169, tales como la militarización de las tierras indígenas y la protección de los conocimientos tradicionales. La Declaración afirma explícitamente el derecho de los pueblos indígenas a la [... libre determinación], mientras que el C.169 no incluye una disposición de tal

tenor. El C.169 establece explícitamente los derechos de los pueblos indígenas a la participación, la consulta y la autogestión”. OIT (2013). *Comprender el Convenio sobre pueblos indígenas y tribales, 1989 (núm.169)*

(Manual para los mandantes tripartitos de la OIT), p. 10.

[16] Ibarra, Mario, “Notas sobre algunos instrumentos, documentos y actividades internacionales para una discusión e implementación del derecho de libre determinación de los pueblos indígenas (ensayo)”, p. 361.

[17] En particular de aquellas que participaban en los períodos de sesiones del GTPI.

[18] Ibarra, Mario, op.cit., p. 361. En el mismo tiempo se afirmó que el Convenio 169 sería “un instrumento, fundamentalmente, latinoamericano” y quizás esto puede comprobarse en la actual lista de ratificaciones: América Latina (15): Argentina (2000), Bolivia (1991), Brasil (2002), Chile (2008), Colombia (1991), Costa Rica (1993), Dominica (2002), Ecuador (1998), Guatemala (1996), Honduras (1995), México (1990), Nicaragua (2010), Paraguay (1993), Perú (1994), Venezuela (2002). Europa (4): Dinamarca (1996), España (2007), Noruega (1990), Países Bajos (1998). África (1): República Centroafricana (2010). Asia (1): Nepal (2007). Oceanía (1): Fiyi (2007).

[19] Ver en particular: OIT, “Informe de la reunión de expertos sobre la revisión del Convenio sobre poblaciones indígenas y tribales, 1957 (N° 107)”, APPL/MER/107/1986/D.7, OIT, 1986; OIT, Informe VI (1) “Revisión parcial del Convenio sobre poblaciones indígenas y tribales, 1957 (N° 107), OIT, 1988”; OIT, Informe VI (2) “Revisión parcial del Convenio sobre poblaciones indígenas y tribales, 1957 (N° 107)”, OIT, 1988; OIT, «Actas provisionales (N° 32)», Septuagésima quinta reunión, OIT, 1988; OIT, Informe IV (1) “Revisión parcial del Convenio sobre poblaciones indígenas y tribales, 1957 (N° 107)”, OIT, 1989; OIT, Informe IV (2A) “Revisión parcial del Convenio sobre poblaciones indígenas y tribales, 1957 (N° 107)”, OIT, 1989; OIT, Informe IV (2B) “Revisión parcial del Convenio sobre poblaciones indígenas y tribales, 1957 (N° 107)”, OIT, 1989. OIT, “Actas provisionales (N° 25)”, Septuagésima sexta reunión, OIT, 1989. 42

Escrito por IWGIA

Domingo, 18 de Enero de 2015 02:30 - Actualizado Domingo, 18 de Enero de 2015 20:38

[Descargar: 0701 convenio169OIT2014](#)