

La OIT, el Convenio 169 y los derechos de los pueblos indígenas en México

Lelia Jiménez*

Introducción

I. La OIT y sus mecanismos de control

La Organización Internacional del Trabajo (OIT), organismo especializado de las Naciones Unidas, se ha interesado por las condiciones de los indígenas desde hace varias décadas. Este organismo especializado en temas laborales ha emitido el único tratado internacional que existe sobre derechos de los pueblos indígenas. Desde su creación, en 1919 con la Sociedad de Naciones, la OIT tuvo como responsabilidad velar por la paz social. El propio preámbulo de la Constitución de la organización señala que: “la paz universal y permanente sólo puede basarse en la justicia social”.¹

Cuando se creó la Organización de las Naciones Unidas (ONU) en 1945, se observó que la OIT había sobrevivido a la extinta Sociedad de Naciones y que contaba, además, con amplia experiencia en la adopción de convenios internacionales, así se le incorporó a la ONU a través del Consejo Económico y Social (ECOSOC).²

La OIT, que emplea comúnmente el método de la adopción y supervisión de convenios internacionales, a la fecha ha adoptado 185 convenios internacionales.³ La mayoría de ellos relacionados con el trabajo pero algunos otros con aplicación más amplia. Al día de hoy existen dos convenios internacionales específicos sobre indígenas: el 107 de 1957 y el 169 de 1989.

La OIT tiene una composición tripartita. De acuerdo con el artículo 1 de su Constitución, los miembros de la OIT son los Estados, pero cada uno de estos Estados está representado por: dos delegados representando al gobierno; un delegado representando a empleadores y un delegado representando a trabajadores.⁴

* Doctora de la Universidad Carlos III de Madrid, España y experta independiente.

¹ Ver *Constitución de la OIT*, preámbulo, <http://www.ilo.org/public/spanish/about/iloconst.htm#pre>

² SWEPSTON, Lee, “The ILO indigenous and tribal peoples convention (No. 169): eight years after adoption”, en PRICE COHEN, Cynthia (ed.), *Human rights of indigenous peoples*, N. Y., Trasnational Publishers, 1998, pp. 18-19

³ Los convenios internacionales se pueden encontrar en el sitio web de la institución (<http://www.ilo.org/ilolex/spanish/convdisp2.htm>)

⁴ Artículo 3 de la Constitución de la OIT

Por otro lado, la OIT se compone por tres órganos tripartitos principales:⁵ La Conferencia Internacional del Trabajo; el Consejo de Administración y la Oficina Internacional del Trabajo. Los miembros de la OIT se reúnen cada año en Ginebra en una Conferencia Internacional del Trabajo. A esta Conferencia asisten los Estados representados por los delegados de los tres sectores: gobierno, empleadores y trabajadores. Cada delegado tiene derecho a voto independiente.

La Conferencia Internacional del Trabajo es el órgano que, entre otras cosas, adopta las normas internacionales del trabajo, ya sea Convenios o Recomendaciones. Por su parte, el Consejo de Administración toma decisiones acerca de la política de la OIT; elige al Director General de la Oficina Internacional del Trabajo; recibe reclamaciones de organizaciones de trabajadores y empleadores⁶ y recibe quejas de los delegados de la Conferencia Internacional del Trabajo, entre otras funciones.⁷

Por último, la Oficina Internacional del Trabajo es la Secretaría permanente de la OIT y se encarga de implementar programas de cooperación técnica. Cuenta con un centro de investigación y de documentación que publica estudios e informes.

Existen dos tipos de mecanismos de control en la OIT: El Control Regular con base en el examen de Memorias que los gobiernos envían a la OIT y los procedimientos de carácter cuasi-contencioso a partir de Reclamaciones y Quejas.⁸

Los gobiernos de los Estados parte están obligados a presentar Memorias; es decir, informes acerca de las medidas que hayan tomado para cumplir los Convenios ratificados. Además, los Estados que hubieren ratificado el Convenio 144 (México lo ratificó en 1978), tienen la obligación de enviar a las organizaciones representativas de empleadores y trabajadores las Memorias para que les hagan comentarios antes de ser enviadas a la OIT.

Los procedimientos de Reclamaciones y Quejas se basan en los artículos 24 y 26 de la Constitución de la OIT. Con base en el artículo 24 de la Constitución de la OIT toda asociación de trabajadores o empleadores puede presentar una reclamación. En esta reclamación debe alegarse que un Estado miembro no ha adoptado medidas para el cumplimiento satisfactorio, dentro de su jurisdicción, de un Convenio en el que dicho Estado es parte. Las reclamaciones son analizadas por un comité tripartito del Consejo de Administración de la OIT.

⁵ Artículo 2 de la Constitución de la OIT

⁶ Con base en el artículo 24 de la Constitución de la OIT

⁷ Con base en el artículo 26 de la Constitución de la OIT

⁸ Sobre estos mecanismos ver, por ejemplo, OLGUÍN MARTÍNEZ, Gabriela, *Los mecanismos de control de la OIT en materia de derechos indígenas*, México, Ce-Acatl, 2000 y ANAYA, James, *Los pueblos indígenas en el derecho internacional*, Madrid, Trotta, 2005, pp. 303-306 y 322-330.

Por su parte la presentación de quejas, según el artículo 26 de la Constitución de la OIT, sólo puede ser realizada por los Estados miembros que hayan ratificado el Convenio en cuestión o por un delegado de la Conferencia Internacional del Trabajo. El Consejo de Administración de la OIT también puede iniciar el procedimiento de oficio. Las quejas son analizadas por una comisión de encuesta que puede adoptar recomendaciones con medidas correctoras si considera que hay problemas en la aplicación del Convenio y las conclusiones y recomendaciones de esta comisión son comunicadas al Consejo de Administración y a los gobiernos en cuestión.

II. La OIT y los Pueblos Indígenas

Podría pensarse que no queda claro el interés de la OIT en estos temas; sin embargo, la vocación de justicia social que ha marcado a la organización desde sus inicios ha hecho que desde los años 20 ya estuviera ocupada de la situación de los trabajadores indígenas. Desde su incorporación a la ONU, la OIT ya trabajaba el tema de los indígenas, no solo como indígenas trabajadores sino como poblaciones en un principio y posteriormente como pueblos.

En la década de 1950 la OIT dirigía un programa Indigenista Andino, en 1953 un estudio sobre las condiciones de vida y de trabajo de las poblaciones indígenas y en 1957 adoptó el Convenio 107 sobre la protección de las poblaciones indígenas y tribales en países independientes, que fue el primer tratado internacional en esta materia.⁹

El desarrollo de la visión de esta organización también ha ido evolucionando desde la visión paternalista que planteaba políticas de asimilación e integración en el Convenio 107, hasta una visión más abierta y reconocedora de derechos a los pueblos indígenas, como la del Convenio 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes, adoptado en 1989, a partir de diversas críticas que provinieron tanto de organizaciones indígenas como desde la misma ONU con el *Estudio del problema de la discriminación contra las poblaciones indígenas*, elaborado por el Relator José R. Martínez Cobo, que finalmente lograron una revisión del Convenio 107 y la adopción del 169.

En la misma Conferencia General de la OIT se reconoció que el Convenio 107 había tenido un enfoque integracionista:

En 1956 y en 1957, cuando se discutió el Convenio, se opinaba que la integración en la sociedad nacional dominante era la mejor forma de que esos grupos participaran en el proceso de desarrollo de los países en donde habitaban. Esta idea, no obstante, tuvo varias consecuencias que no eran de desear y, si adquirió un carácter negativo, por lo menos

⁹ Ver SWEPSTON, Lee, *op. cit.*, pp. 18-19 y OLGUÍN MARTÍNEZ, Gabriela, *op. cit.*

en parte de debió a la manera en que lo interpretaron los gobiernos. En la práctica se transformó en un concepto que significaba la extinción de las formas de vida distintas de las de la sociedad dominante.¹⁰

El enfoque integracionista normalmente partía de la premisa de que “los indígenas debían renunciar a sus propias formas culturales o a su identidad y, de hecho, desaparecer como tales, mediante su ‘integración’ a la nación”.¹¹

Los cambios de enfoque fueron acompañados de cambios en el nivel de participación de los indígenas pues, como señala James Anaya, “se hicieron algunos acomodos especiales para permitir a los representantes de los pueblos indígenas una participación limitada en las deliberaciones de la comisión de la Conferencia designada para la revisión.”¹²

III. El Convenio 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales

A. La importancia del Convenio 169

El Convenio 169, si bien significó un gran avance, también fue considerado como insuficiente y tras su adopción, “algunos partidarios de los derechos de los pueblos indígenas expresaron su disconformidad con el lenguaje empleado, estimando que éste no era suficientemente coactivo a la hora de regular la conducta de los gobiernos en relación con los intereses de los pueblos indígenas.” Se criticaron especialmente algunas “disposiciones del Convenio que contenían salvaguardas o tomaban la forma de recomendaciones, así como a la asunción subyacente de la autoridad del estado sobre los pueblos indígenas.”¹³

En la visión de Díaz-Polanco y Sánchez, en el Convenio 169 por una parte hay un gran avance en el reconocimiento de derechos a los pueblos indígenas, y por otra, se encuentran algunos riesgos, como que “en la norma internacional se puedan asentar enfoques que resulten fuertemente limitativos para el ejercicio de aquellos derechos en los respectivos espacios nacionales”.¹⁴ Sin embargo, los instrumentos de derecho internacional siempre deben de interpretarse como el estándar mínimo de reconocimiento de derechos y nunca de manera que menoscabe derechos reconocidos en la normativa interna de los Estados.

¹⁰ Informe de la Reunión de Expertos, párrafo 46, reproduciendo parcialmente en Revisión Parcial del Convenio sobre Poblaciones Indígenas y Tribales, 1957 (No. 107, Informe VI (1, Conferencia Internacional del Trabajo, 75º periodo de sesiones, 1988, pp. 107-126. Sobre este proceso ver también ANAYA, James, *Los pueblos indígenas en el derecho internacional*, Madrid, Trotta, 2005, pp. 96-99

¹¹ DÍAZ-POLANCO, Héctor y SÁNCHEZ, Consuelo, *México Diverso. El debate por la autonomía*, México, Siglo XXI Editores, 2002, p.14

¹² ANAYA, James, *op. cit.*, p. 97

¹³ ANAYA, James, *op. cit.*, p. 99

¹⁴ DÍAZ-POLANCO, Héctor y SÁNCHEZ, Consuelo, *op. cit.*, p.13

Para Anaya el Convenio puede verse “como una manifestación del movimiento hacia un mayor reconocimiento de las demandas de los pueblos indígenas a través del derecho internacional y, simultáneamente, de las tensiones inherentes a este movimiento.”¹⁵

De cualquier manera, el Convenio 169 de la OIT ha resultado de gran valor para las luchas de los indígenas porque es el primer instrumento internacional que abiertamente rechaza el enfoque integracionista que había primado por muchos años en la política tanto nacional como internacional. Además, consigna el derecho al desarrollo de los pueblos indígenas con sus propias pautas.¹⁶ También es valioso el Convenio porque incluye un conjunto de derechos basados en “principios de respeto, participación y consulta” a los pueblos indígenas e indica que esta consulta sea mediante procedimientos apropiados y con sus instituciones representativas,¹⁷ y a “conservar sus costumbres e instituciones propias”,¹⁸ entre otros. Asimismo resulta útil porque establece obligaciones concretas y firmes para los Estados parte.¹⁹

Se puede decir que el Convenio contribuyó a que avanzara significativamente el debate en torno a derechos indígenas; ha servido de presión para el ejercicio de derechos y el cuestionamiento y adecuación tanto de políticas públicas como de legislaciones a escala nacional.

También es importante destacar que el Convenio permite “someter las realidades específicas de los pueblos indígenas al escrutinio internacional, gracias a los mecanismos existentes en la OIT para la supervisión de la aplicación de las normas recogidas en sus convenios.”²⁰ Así es como organizaciones sindicales mexicanas han presentado ya reclamaciones ante la OIT por incumplimiento del Convenio 169. Tal es el caso del Sindicato Nacional de Trabajadores de la Educación (SNTE) que presentó una reclamación sobre el caso de la Unión de Comunidades Indígenas Huicholas de Jalisco.²¹ Por su parte, el Sindicato de Académicos del Instituto Nacional de Antropología e Historia (SAINAH), el Sindicato de Trabajadores de la Universidad Nacional Autónoma de México (STUNAM), y el Sindicato Independiente de Trabajadores de la Jornada (SITRAJOR) presentaron una reclamación por incumplimiento del convenio a partir de la reforma constitucional en materia indígena.²²

¹⁵ ANAYA, James, *op. cit.*, p. 99

¹⁶ El derecho a “decidir sus propias prioridades en lo que atañe al proceso de desarrollo” Artículo 7. Ver también SWEPESTON, Lee, *op. cit.*, p. 23

¹⁷ Artículo 6

¹⁸ Artículo 8

¹⁹ DÍAZ-POLANCO, Héctor y SÁNCHEZ, Consuelo, *op. cit.*, p.14

²⁰ ANAYA, James, *op. cit.*, p. 102

²¹ Informe final adoptado por el Consejo de Administración, Documento GB. 272/7/2, de junio de 1998.

²² Informe del Comité encargado de examinar las reclamaciones, adoptado por el Consejo de Administración en marzo de 2004, Documento GB. 289/17/3

El Convenio también ha tenido influencia en otros espacios del ámbito internacional: esto se refleja tanto en las discusiones del Grupo de Trabajo sobre Poblaciones Indígenas de la Subcomisión de Derechos Humanos de la ONU, como en el proyecto de Declaración Americana sobre Derechos de los Pueblos Indígenas y la Declaración Universal de los Derechos de los Pueblos indígenas recién aprobada por el Consejo de Derechos Humanos que espera ser promulgada por la Asamblea General en este año de 2006. En este sentido también es importante subrayar que estos proyectos no pueden contener un retroceso en los derechos previamente adquiridos a partir del Convenio 169. Desde que se instauró la ONU ha habido una progresión ininterrumpida en los principios asentados en sus convenios, declaraciones, resoluciones y otros instrumentos de la comunidad internacional y dar un paso atrás significaría ir en contra del principio de progresividad de los derechos humanos.²³

Para James Anaya la importancia del Convenio 169 radica no sólo en que genera en los Estados parte obligaciones convencionales que están en sintonía con las tendencias actuales de pensamiento promovidas por las demandas de los pueblos indígenas; sino también en que el Convenio resulta particularmente relevante como parte de un conjunto más amplio de desarrollos normativos que pueden ser considerados como un nuevo derecho consuetudinario internacional en materia indígena.²⁴

En ese sentido, el Convenio ha sido fundamental en el avance de la jurisprudencia y doctrina del sistema interamericano de derechos humanos: la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) recurre a este Convenio — como a otros instrumentos internacionales especiales que sean aplicables — como norma complementaria de interpretación con base en el principio de plena garantía expuesto en la Opinión Consultiva 1/83 de la Corte Interamericana.²⁵ Lo mismo hace la Corte IDH a la luz de las reglas generales de interpretación establecidas en el artículo 29 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.²⁶

B. Las disposiciones del Convenio 169

Hablando del contenido del Convenio, sus 34 artículos divididos en diez partes tratan: política general, tierras, contratación y condiciones de empleo, formación profesional, artesanía e industrias rurales, seguridad social y salud, educación y medios de comunicación, contactos y cooperación a través de las fronteras.

²³ SWEPSTON, Lee, *op. cit.*, p. 17, 34-36

²⁴ ANAYA, James, *op. cit.*, pp. 102-103

²⁵ CIDH, *La situación de los derechos humanos de los indígenas en las Américas*, Washington, Secretaría General, OEA, 2000, OEA/Ser.L/V/II.108, p. 12

²⁶ Como ejemplo basta ver las sentencias de la Corte en los casos de las comunidades Mayagna (Sumo) Awas Tingni *vs.* Nicaragua, Yakye Axa *vs.* Paragay, Moiwana *vs.* Surinam y Sawhoyamaya *vs.* Paraguay

Una de las introducciones importantes fue el término *pueblos* en lugar de *poblaciones* que era el término que usaba el Convenio 107. Esta inclusión tuvo dificultades porque muchos de los Estados no estaban de acuerdo con este cambio. Según Swebston una de las complicaciones venía de que en realidad no existe un consenso acerca de lo que implica el derecho a la libre determinación; y que siempre existió el miedo de que si se abría la puerta a la libre determinación se abriría también para la secesión.²⁷

También Díaz-Polanco,²⁸ señala que el temor que subyacía en el fondo era que el concepto de pueblos estaba ligado al derecho de libre determinación²⁹ y que éste último se entiende como de independencia, con la fórmula *pueblo-autodeterminación-independencia*, y por ello, tanto los miembros gubernamentales como los miembros de organizaciones patronales se opusieron a la utilización del término y, en todo caso, si se usaba, propugnaron por que se le calificara de distinta manera. Ésta última fue la postura que se impuso.

La Conferencia estuvo forzada — a partir de los desacuerdos — a incluir en el artículo 1.3. que “[I]a utilización del término pueblos en este Convenio no deberá interpretarse en el sentido de que tenga implicación alguna en lo que atañe a los derechos que pueda conferirse a dicho término en el derecho internacional.”³⁰

Lo anterior se convirtió, por tanto, en una de las limitaciones del Convenio pues no reconoce cabalmente “derechos políticos vinculados al ejercicio de la libre determinación.” Esta limitación, explican Díaz-Polanco y Sánchez, permite que exista la posibilidad “de ser usado por los gobiernos para frenar las demandas políticas de los indígenas.”³¹

Díaz-Polanco opina también que una opción mejor hubiera sido precisar el contenido del derecho de libre determinación y establecer que dentro de los territorios nacionales, el derecho a la libre determinación sólo podría ser ejercido mediante la autonomía; sin embargo, primó la moción de privar de derechos en términos de derecho internacional cuando se trate de pueblos indígenas.

Este debate aún continúa, pero en opinión de Swebston la OIT no es el órgano competente para resolver esta cuestión. Para Swebston si el derecho a la libre determinación puede significar, por ejemplo, autonomía dentro de las fronteras estatales, entonces el artículo 1.3 del Convenio no lo contradice: el Convenio es consecuente con todos los grados de autonomía y otras formas de ejercicio de la libre determinación que

²⁷ SWEPSTON, Lee, *op. cit.*, p. 17, 34-36

²⁸ Ver DÍAZ-POLANCO, Héctor, “Derechos Indígenas y Autonomía”, *Crítica Jurídica* 11, México, UNAM-CONACYT, 1992, pp. 52-53

²⁹ Ver también ANAYA, James, *op. cit.*, p. 100

³⁰ Artículo 1.3. del Convenio. Sobre este debate ver SWEPSTON, Lee, *op. cit.*, p. 22; DÍAZ-POLANCO, Héctor y SÁNCHEZ, Consuelo, *op. cit.*, pp. 15-16 y ANAYA, James, *op. cit.*, p. 101

³¹ DÍAZ-POLANCO, Héctor y SÁNCHEZ, Consuelo, *op. cit.*, p.15

puedan darse dentro de las fronteras de los Estados. Por otro lado, para este autor no es cierto que el artículo 1.3. limite el derecho de los pueblos a la libre determinación, pues el convenio simplemente remite la decisión del contenido a las Naciones Unidas que es la instancia competente.³²

El Convenio incluye entre sus disposiciones una definición de pueblos indígenas. Señala que son pueblos indígenas aquellos que “por el hecho de descender de poblaciones que habitaban en el país en la época de la conquista o la colonización o del establecimiento de las actuales fronteras estatales y que, cualquiera que sea su situación jurídica, conservan todas sus propias instituciones sociales, económicas, culturales y políticas o parte de ellas”.³³

Otra incorporación importante es el criterio de la autoidentificación: “La conciencia de su identidad indígena o tribal deberá considerarse un criterio fundamental para determinar a los grupos a los que se aplican las disposiciones del presente Convenio.”³⁴ La relevancia de este criterio es que otorga a los pueblos interesados el primer derecho: a reconocerse a sí mismos como lo que son.

El Convenio 169 incluye, al igual que otros tratados temáticos internacionales, diversas disposiciones relativas a prevenir la discriminación. Así, el artículo 2.2.a) señala que entre las medidas a las que están obligados los gobiernos se encuentran las que “aseguren a los miembros de dichos pueblos gozar, en pie de igualdad, de los derechos y oportunidades que la legislación nacional otorga a los demás miembros de la población.” Por su parte, el artículo 3.1. expresamente dispone que “los pueblos indígenas y tribales deberán gozar plenamente de los derechos humanos y libertades fundamentales, sin obstáculos ni discriminación. Las disposiciones de este Convenio se aplicarán sin discriminación a los hombres y mujeres de esos pueblos.”

Así también, se señala que “los gobiernos deberán hacer cuanto esté en su poder por evitar cualquier discriminación entre los trabajadores pertenecientes a los pueblos interesados y los demás trabajadores”³⁵ y contiene una serie de disposiciones relativas a la contratación y condiciones de empleo destinadas principalmente a establecer condiciones para el igual goce en la protección de derechos en esta materia.³⁶

1) *El derecho a la diferencia y las medidas especiales reconocidas en el Convenio 169*

En el Convenio 169 de la OIT encontramos que se reconocen importantes derechos diferenciados o *medidas especiales* tanto a los miembros de estos

³² SWEPSTON, Lee, *op. cit.*, p. 23

³³ Artículo 1.1.b)

³⁴ Artículo 1.2

³⁵ Artículo 20.2.

³⁶ Ver artículo 20

pueblos como a los pueblos indígenas mismos. Desde su Preámbulo el Convenio muestra ya su vocación por un derecho que valora las diferencias y se manifiesta contrario a las políticas de asimilación: “Considerando la evolución del derecho internacional desde 1957 y los cambios sobrevenidos en la situación de los pueblos indígenas y tribales en todas las regiones del mundo hacen aconsejable adoptar nuevas normas internacionales en la materia, a fin de eliminar la orientación hacia la asimilación de las normas anteriores” y se afirma el reconocimiento de las aspiraciones de estos pueblos de “fortalecer sus identidades, lenguas y religiones, dentro del marco de los Estados en que viven.”³⁷

Como habíamos dicho ya, el Convenio 169 de la OIT es el primer instrumento internacional que explícitamente reconoce a los pueblos indígenas su derecho a continuar existiendo y desarrollándose siguiendo sus propias pautas.³⁸ Además de que el Convenio reconoce los derechos comunes que parten del principio de igualdad, como la prohibición de la discriminación,³⁹ reconoce, como medidas especiales diversos derechos individuales y colectivos derivados de la pertenencia a un pueblo indígena. Expresamente señala que se deberán adoptar “las medidas especiales que se precisen para salvaguardar las personas, las instituciones, los bienes, el trabajo, las culturas y el medio ambiente de los pueblos interesados.”⁴⁰

Estas medidas especiales están basadas en derechos reconocidos a lo largo del Convenio como que “deberán reconocerse y protegerse los valores y prácticas sociales, culturales, religiosos y espirituales propios de dichos pueblos y deberá tomarse debidamente en consideración la índole de los problemas que se les plantean tanto colectiva como individualmente”. También que “deberá respetarse la integridad de los valores, prácticas e instituciones de esos pueblos.”⁴¹

Se reconoce el derecho de que los Estados tomen en cuenta las costumbres propias de los pueblos cuando los tribunales deban pronunciarse sobre cuestiones penales,⁴² y que cuando impongan sanciones penales a miembros de dichos pueblos, se deberá tomar en cuenta “sus características económicas, sociales y culturales” y se consideran de preferencia sanciones distintas del encarcelamiento.⁴³

El Convenio reconoce también derechos especiales sobre los recursos naturales y dispone que “[l]os derechos de los pueblos interesados a los recursos naturales existentes en sus tierras deberán protegerse especialmente. Estos derechos comprenden el derecho de esos pueblos a participar

³⁷ OIT, Convenio 169 Sobre Pueblos Indígenas y Tribales, 1989, Preámbulo.

³⁸ Artículo 7. Sobre este punto ver también SWEPSTON, Lee, *op. cit.*, p. 23; DIAZ-POLANCO, Héctor y SÁNCHEZ, Consuelo, *op. cit.*, p.14

³⁹ Artículos 3 y 4.3.

⁴⁰ Artículo 4.1.

⁴¹ Artículo 5

⁴² Artículo 9

⁴³ Artículo 10

en la utilización, administración y conservación de dichos recursos".⁴⁴ Además se prohíbe el traslado de esos pueblos de las tierras que ocupan.⁴⁵

Otro ámbito protegido por el Convenio se trata de "la artesanía, las industrias rurales y comunitarias y las actividades tradicionales y relacionadas con la economía de subsistencia de los pueblos interesados, como la caza, la pesca, la caza con trampas y la recolección"; aquí se establece que estas tradiciones y actividades "deberán reconocerse como factores importantes del mantenimiento de su cultura"; en fin, es obligación de los Estados, con la participación de esos pueblos cuidar que "se fortalezcan y fomenten dichas actividades"; esto incluye la facilitación de asistencia técnica y financiera pero señala que esta asistencia será a petición de los pueblos interesados.⁴⁶

Asimismo, el derecho a la salud encuentra un reconocimiento diferenciado en el Convenio: "Los servicios de salud deberán organizarse, en la medida de lo posible, a escala comunitaria. Estos servicios deberán planearse y administrarse en cooperación con los pueblos interesados y tener en cuenta sus condiciones económicas, geográficas, sociales y culturales, así como sus métodos de prevención, prácticas curativas y medicamentos tradicionales."⁴⁷

Por último, podemos mencionar también el derecho al uso de la lengua propia, a la enseñanza de la misma a los niños miembros de un pueblo indígena y, así como la obligación de los Estados de protección y fomento de las lenguas indígenas de los pueblos interesados.⁴⁸

2) *Derechos colectivos y derechos relacionados con la libre determinación y la autonomía*

Aunque el Convenio 169 de la OIT no habla explícitamente del derecho a la libre determinación, éste está implícito en diversas partes importantes del mismo. Como hemos comentado, la inclusión, la discusión y el texto que acompaña el término *pueblos* en el artículo 1.1 del Convenio, está estrechamente vinculado a la libre determinación.

La introducción de este término, como hemos dicho, tuvo dificultades porque se le relacionaba con la soberanía y el derecho a la secesión y por ello se incluyó la salvaguarda del artículo 1.3. que hemos comentado.⁴⁹

Ahora bien, si, como hemos comentado, esta salvaguarda no limita el ejercicio de la libre determinación a través de la autonomía; si se circunscribe

⁴⁴ Artículo 15.1

⁴⁵ Artículo 16.1

⁴⁶ Artículo 23

⁴⁷ Artículo 25.2

⁴⁸ Artículo 28

⁴⁹ "[l]a utilización del término pueblos en este Convenio no deberá interpretarse en el sentido de que tenga implicación alguna en lo que atañe a los derechos que pueda conferirse a dicho término en el derecho internacional."

al ámbito nacional, y si el convenio es consecuente con todos los grados de autonomía y otras formas de ejercicio de la libre determinación que puedan darse dentro de las fronteras de los Estados,⁵⁰ entonces podemos interpretar algunas de sus disposiciones en el sentido de algunos grados y tipos de libre determinación, como lo son varios derechos colectivos.

a) Entre los derechos colectivos de los pueblos indígenas contenidos en el Convenio se encuentra el derecho a ser consultados mediante procedimientos apropiados a través de sus instituciones representativas para la previsión de medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles.⁵¹

b) También se encuentra el derecho a la participación de los pueblos. Así, los gobiernos de los Estados tienen la obligación de “establecer los medios a través de los cuales los pueblos interesados puedan participar libremente [...] en la adopción de decisiones en instituciones electivas y organismos administrativos y de otra índole responsables de políticas y programas que les conciernen”; y el establecimiento de “medios para el pleno desarrollo de las instituciones e iniciativas de esos pueblos”.⁵²

El derecho a ser consultados es un derecho de suma relevancia que sin embargo es frecuentemente ignorado. También suele encontrarse que esta disposición no es interpretada de buena fe y no se toman las medidas para que los procedimientos de consulta sean apropiados, tal y como lo señala el Convenio.

Al respecto, el Tribunal Constitucional Colombiano ha interpretado lo siguiente respecto del derecho a la consulta y el derecho a la participación, contenidos en el Convenio:

La explotación de los recursos naturales en los territorios indígenas debe hacerse compatible con la protección que el Estado debe dispensar a la integridad social, cultural y económica de las comunidades indígenas, integridad que configura un derecho fundamental para la comunidad por estar ligada a su subsistencia como grupo humano y como cultura. Para asegurar dicha subsistencia se ha previsto, cuando se trate de realizar la explotación de recursos naturales en territorios indígenas, la participación de la comunidad en las decisiones que se adopten para autorizar dicha explotación. De este modo, el derecho fundamental de la comunidad a preservar la integridad se garantiza y efectiviza a través del ejercicio de otro derecho que también tiene el carácter de fundamental, como es el derecho de participación de la comunidad en la adopción de las referidas decisiones. La participación de las comunidades indígenas en las decisiones que pueden afectarlas en relación con la explotación de los recursos naturales ofrece como

⁵⁰ SWEPSTON, Lee, *op. cit.*, p. 23

⁵¹ Artículo 6

⁵² Artículo 6

particularidad el hecho de que la referida participación, a través del mecanismo de la consulta, adquiere la connotación de derecho fundamental, pues se erige en un instrumento que es básico para preservar la integridad étnica, social, económica y cultural de las comunidades de indígenas y para asegurar, por ende, su subsistencia como grupo social [...]

Con fundamento en [...] las normas del Convenio 169 [...] estima la Corte que la institución de la consulta a las comunidades indígenas que pueden resultar afectadas [...] comporta la adopción de relaciones de comunicación y entendimiento, signadas por el mutuo respeto y la buena fe entre aquéllas y las autoridades públicas, tendientes a buscar:

a) Que la comunidad tenga un conocimiento pleno sobre los proyectos destinados a explorar o explotar los recursos naturales en los territorios que ocupan o les pertenecen, los mecanismos, procedimientos y actividades requeridos para ponerlos en ejecución.

b) Que igualmente la comunidad sea enterada e ilustrada sobre la manera como la ejecución de los referidos proyectos puede conllevar una afectación o menoscabo a los elementos que constituyen la base de su cohesión social, cultural, económica y política y, por ende, el sustrato para su subsistencia como grupo humano con características singulares.

c) Que se le de la oportunidad para que libremente y sin interferencias extrañas pueda, mediante la convocación de sus integrantes o representantes, valorar conscientemente las ventajas y desventajas del proyecto sobre la comunidad y sus miembros, ser oída en relación con las inquietudes y pretensiones que presente, en lo que concierna a la defensa de sus intereses y, pronunciarse sobre la viabilidad del mismo. Se busca con lo anterior, que la comunidad tenga una participación activa y efectiva en la toma de la decisión que deba adoptar la autoridad, la cual en la medida de lo posible debe ser acordada o concertada.

Cuando no sea posible el acuerdo o la concertación, la decisión de la autoridad debe estar desprovista de arbitrariedad y de autoritarismo; en consecuencia debe ser objetiva, razonable y proporcionada a la finalidad constitucional que le exige al Estado la protección de la identidad social, cultural y económica de la comunidad indígena.

En todo caso deben arbitrarse los mecanismos necesarios para mitigar, corregir o restaurar los efectos que las medidas de la autoridad produzcan o puedan generar en detrimento de la comunidad o de sus miembros.

No tiene por consiguiente el valor de consulta la información o notificación que se le hace a la comunidad indígena sobre un proyecto de exploración o explotación de recursos naturales. Es necesario que se cumplan las directrices antes mencionadas, que se presenten fórmulas de concertación o acuerdo con la comunidad y que finalmente ésta se manifieste, a través de sus representantes autorizados, su conformidad o inconformidad con dicho proyecto y la manera como se afecta su identidad étnica, cultural, social y económica.⁵³

c) Otro derecho reconocido en el Convenio es el “derecho a decidir sus propias prioridades en lo que atañe al proceso de desarrollo”. Este derecho se incorpora en la medida en que el proceso de desarrollo de que hablamos “afecte a sus vidas, creencias, instituciones y bienestar espiritual y a las tierras que ocupan o utilizan de alguna manera”. El derecho de decisión viene acompañado también del derecho a “controlar, en la medida de lo posible, su propio desarrollo económico, social y cultural. Además, dichos pueblos deberán participar en la formulación, aplicación y evaluación de los planes y programas de desarrollo nacional y regional susceptibles de afectarles directamente.”⁵⁴

d) El Convenio dispone, asimismo algunos derechos relacionados con los sistemas normativos indígenas. Así, señala que cuando se aplique la legislación nacional a los pueblos indígenas se deberá tomar “debidamente en consideración sus costumbres o su derecho consuetudinario” y que estos pueblos tendrán “el derecho de conservar sus costumbres e instituciones propias, siempre que éstas no sean incompatibles con los derechos fundamentales”.⁵⁵

Otro de los derechos que consideramos relacionados con la autonomía y en consecuencia a algún tipo de ejercicio de la libre determinación lo encontramos en el artículo 9.1 que establece que “deberán respetarse los métodos a los que los pueblos interesados recurren tradicionalmente para la represión de los delitos cometidos por sus miembros”.⁵⁶

e) Con base en este instrumento internacional, los pueblos indígenas también tienen personalidad jurídica para comparecer ante un tribunal: “Los pueblos interesados deberán tener protección contra la violación de sus derechos, y poder iniciar procedimientos legales.”

f) La tierra y el territorio son elementos muy importantes para la integridad de los pueblos y para el desarrollo de su autonomía. El Convenio 169 de la OIT dedica un título entero⁵⁷ a este tema. Dispone que “los gobiernos deberán respetar la importancia especial que para las culturas y

⁵³ Tribunal Constitucional Colombiano. Caso U’wa, Sentencia SU-039 de 1997.

⁵⁴ Artículo 7.1.

⁵⁵ Artículo 8

⁵⁶ Artículo 9.1.

⁵⁷ Artículos 13 a 19

valores espirituales de los pueblos interesados o reviste su relación con las tierras o territorios, o con ambos, según los casos, que ocupan o utilizan de alguna otra manera, y en particular los aspectos colectivos de esa relación.” Pero además, que “[l]a utilización del término ‘tierras’ en los artículos 15 y 16 deberá incluir el concepto de territorios, lo que cubre la totalidad del hábitat de las regiones que los pueblos interesados ocupan o utilizan de alguna otra manera.”⁵⁸

El reconocimiento en el Convenio de la relevancia de las tierras y territorios y la especial relación que los pueblos indígenas guardan con ellos ha sido incorporado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) al interpretar el derecho a la propiedad contenido en el artículo 21 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Así, por ejemplo, la Corte dijo⁵⁹ que:

148. Mediante una interpretación evolutiva de los instrumentos internacionales de protección de derechos humanos, tomando en cuenta las normas de interpretación aplicables y, de conformidad con el artículo 29.b de la Convención —que prohíbe una interpretación restrictiva de los derechos—, esta Corte considera que el artículo 21 de la Convención protege el derecho a la propiedad en un sentido que comprende, entre otros, los derechos de los miembros de las comunidades indígenas en el marco de la propiedad comunal, la cual también está reconocida en la Constitución Política de Nicaragua.

149. Dadas las características del presente caso, es menester hacer algunas precisiones respecto del concepto de propiedad en las comunidades indígenas. Entre los indígenas existe una tradición comunitaria sobre una forma comunal de la propiedad colectiva de la tierra, en el sentido de que la pertenencia de ésta no se centra en un individuo sino en el grupo y su comunidad. Los indígenas por el hecho de su propia existencia tienen derecho a vivir libremente en sus propios territorios; la estrecha relación que los indígenas mantienen con la tierra debe de ser reconocida y comprendida como la base fundamental de sus culturas, su vida espiritual, su integridad y su supervivencia económica. Para las comunidades indígenas la relación con la tierra no es meramente una cuestión de posesión y producción sino un elemento material y espiritual del que deben gozar plenamente, inclusive para preservar su legado cultural y transmitirlo a las generaciones futuras.

⁵⁸ Artículo 13

⁵⁹ Corte IDH, Caso de la Comunidad Mayagna (sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua. Sentencia de 31 de agosto de 2001, párrafos 148-151

151. El derecho consuetudinario de los pueblos indígenas debe ser tenido especialmente en cuenta, para los efectos de que se trata. Como producto de la costumbre, la posesión de la tierra debería bastar para que las comunidades indígenas que carezcan de un título real sobre la propiedad de la tierra obtengan el reconocimiento oficial de dicha propiedad y el consiguiente registro.

Similar interpretación se hizo en el Caso *Moiwana*⁶⁰ y en el Caso *Yakye Axa*. En este último caso la Corte además precisó:⁶¹

127. En el presente caso, al analizar los alcances del citado artículo 21 de la Convención, el Tribunal considera útil y apropiado utilizar otros tratados internacionales distintivos a la Convención Americana, tales como el Convenio No. 169 de la OIT, para interpretar sus disposiciones de acuerdo a la evolución del sistema interamericano, habida consideración del desarrollo experimentado en esta materia en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

130. El Convenio No. 169 de la OIT contiene diversas disposiciones que guardan relación con el derecho a la propiedad comunal de las comunidades indígenas que se examina en este caso, disposiciones que pueden ilustrar sobre el contenido y alcance del artículo 21 de la Convención Americana [...]

135. La cultura de los miembros de las comunidades indígenas corresponde a una forma de vida particular de ser, ver y actuar en el mundo, constituido a partir de su estrecha relación con sus territorios tradicionales y los recursos que allí se encuentran, no sólo por ser estos su principal medio de subsistencia, sino además porque constituyen un elemento integrante de su cosmovisión, religiosidad y, por ende, de su identidad cultural.

136. Lo anterior guarda relación con lo expresado en el artículo 13 del Convenio No. 169 de la OIT, en el sentido de que los Estados deberán respetar “la importancia especial que para las culturas y valores espirituales de los pueblos interesados reviste su relación con las tierras o territorios, o con ambos, según los casos, que ocupan o utilizan de alguna otra manera, y en particular los aspectos colectivos de esa relación.”

⁶⁰ Ver Corte IDH, Caso de la Comunidad *Moiwana vs. Suriname*. Sentencia de 15 de junio de 2005, párrafos 127 a 135

⁶¹ Corte IDH, Caso Comunidad indígena *Yakye Axa vs. Paraguay*. Sentencia de 17 de junio de 2005.

146. Al aplicar estos estándares a los conflictos que se presentan entre la propiedad privada y los reclamos de reivindicación de propiedad ancestral de los miembros de comunidades indígenas, los Estados deben valorar caso por caso las restricciones que resultarían del reconocimiento de un derecho por sobre el otro. Así, por ejemplo, los Estados deben tener en cuenta que los derechos territoriales indígenas abarcan un concepto más amplio y diferente que está relacionado con el derecho colectivo a la supervivencia como pueblo organizado, con el control de su hábitat como una condición necesaria para la reproducción de su cultura, para su propio desarrollo y para llevar a cabo sus planes de vida. La propiedad sobre la tierra garantiza que los miembros de las comunidades indígenas conserven su patrimonio cultural.

147. Al desconocerse el derecho ancestral de los miembros de las comunidades indígenas sobre sus territorios, se podría estar afectando otros derechos básicos, como el derecho a la identidad cultural y la supervivencia misma de las comunidades indígenas y sus miembros.

Por último, también en el caso *Sawhoyamaxa vs. Paraguay*⁶² se hizo una interpretación similar a la del caso *Yakye Axa*.

g) Podemos hablar también de otros derechos sociales a los que se les reconoce algún tipo de ejercicio autonómico. En cuanto al derecho a la salud, el Convenio establece la obligación de los gobiernos de “proporcionar a dichos pueblos los medios que les permitan organizar y prestar tales servicios bajo su propia responsabilidad y control”,⁶³ también señala que “los servicios de salud deberán organizarse, en la medida de lo posible, a nivel comunitario”.⁶⁴

Respecto del derecho a la educación, el Convenio 169 dispone que se deberá asegurar la participación de los pueblos indígenas en la formulación y ejecución de programas de educación; que se les deberá transferir a estos pueblos la responsabilidad de la realización de esos programas; y que se deberá reconocer el derecho de los pueblos “a crear sus propias instituciones y medios de educación”.⁶⁵

h) Por último, podemos comentar que el Convenio reconoce el derecho de los pueblos indígenas de que los gobiernos de los Estados les faciliten “incluso por medio de acuerdos internacionales” el poder entablar contactos y cooperación con pueblos indígenas de otros países.⁶⁶

⁶² Ver Corte IDH, Caso de la Comunidad Sawhoyamaxa vs. Paraguay. Sentencia de 29 de marzo de 2006, párrafos 116-144

⁶³ Artículo 25.1.

⁶⁴ Artículo 25.2.

⁶⁵ Artículo 27

⁶⁶ Artículo 32

Conclusiones

Hoy podemos decir que contamos con un Derecho Internacional de los derechos indígenas que tiene algunos reconocimientos importantes y que, como quiera que sea, es más avanzado que muchas de las legislaciones de los Estados; por lo tanto, se presenta como el marco jurídico mínimo de obligación para los Estados en su reconocimiento de los derechos de los pueblos indígenas. La OIT ha ido a la vanguardia en este rubro y ha proporcionado un marco importante en el reconocimiento de los derechos de los pueblos indígenas.

El instrumento vinculante más avanzado en el reconocimiento de derechos indígenas al día de hoy es el Convenio 169 de la OIT, que ha influido en la redacción de otros instrumentos. Los derechos que hoy se discuten no pueden positivizarse de manera más restringida que lo reconocido en el Convenio pues esto sería afectar el principio de progresividad del derecho internacional de los derechos humanos, contrariando así los principios de ese sistema normativo.

La aprobación de la Declaración Universal de los Derechos de los Pueblos Indígenas es una muestra de los avances que ya comienzan a darse en otros espacios siguiendo la pauta del Convenio 169. También contamos ya con importante jurisprudencia internacional a escala regional y algunos ejemplos en otros países que nos muestran pautas en la aplicación del Convenio.

A pesar de que este Convenio entró en vigor con la ratificación de México —entre otros países—, es poco lo que se ha cumplido en nuestro país. Por un lado, no se respeta su normativa; por otro lado, no se han llevado a cabo las reformas legislativas necesarias⁶⁷ para adecuarlas al mismo.

Tenemos una ardua tarea en promover y difundir el Convenio de manera que tanto los diferentes operadores jurídicos como las autoridades gubernamentales, los legisladores y las propias organizaciones y pueblos indígenas tomen en cuenta este importante instrumento y se realicen las modificaciones necesarias, así como que se aplique en los diferentes espacios de nuestro país.

⁶⁷ Con base en el artículo 19, párrafo 5d de la Constitución de la OIT El Estado miembro que haya ratificado un convenio “adoptará las medidas necesarias para hacer efectivas las disposiciones de dicho convenio”.

