

CONVENIO 169 DE LA OIT

LOS DESAFIOS DE SU IMPLEMENTACION EN
AMERICA LATINA A 25 AÑOS DE SU APROBACION



CONVENIO 169 DE LA OIT

LOS DESAFIOS DE SU IMPLEMENTACION
EN AMERICA LATINA A 25 AÑOS DE SU APROBACION

IWGIA

CONVENIO 169 DE LA OIT

Los desafíos de su implementación en América Latina a 25 años de su aprobación

Copyright: El Grupo Internacional de Trabajo sobre Asuntos Indígenas, IWGIA

Edición: José Aylwin y Leonardo Tamburini

Producción editorial: Alejandro Parellada y Paulina Acevedo

Cubierta y tipografía: Jorge Monras

HURRIDOCS CIP DATA

Título: Convenio 169 de la OIT
Los desafíos de su implementación en América Latina
a 25 años de su aprobación

Edición: José Aylwin y Leonardo Tamburini

Número de páginas: 183

ISBN: 978-87-92786-55-5

Idioma: castellano

Índex: 1. Pueblos Indígenas – 2. Procesos internacionales

Área geográfica: América Latina



GRUPO INTERNACIONAL DE TRABAJO SOBRE ASUNTOS INDIGENAS

Classensgade 11 E, DK 2100 – Copenhagen, Dinamarca

Tel: (45) 35 27 05 00 – Fax: (45) 35 27 05 07

E-mail: iwgia@iwgia.org – Web: www.iwgia.org

Este libro ha sido producido con el aporte financiero del
Ministerio de Relaciones Exteriores de Dinamarca

Contenido

| | |
|---|-----|
| Introducción | 8 |
| Notas sobre el Convenio 169 y la lucha contra la discriminación José Francisco Calí Tzay | 28 |
| Los derechos de los pueblos indígenas sobre la tierra y el territorio en América Latina y el Convenio 169 de la OIT José Aylwin | 46 |
| Derechos políticos de los pueblos indígenas en América Latina; el impacto del Convenio 169 José Aylwin | 62 |
| Consulta previa – una mirada a 25 años del Convenio 169 Miguel Vargas e Ian Miranda..... | 80 |
| Justicia comunitaria y pluralismo jurídico en América Latina: una panorámica de cuarto de siglo Pablo Ortiz-T. | 98 |
| La implementación del Convenio 169 de la OIT en cuanto al desarrollo propio de los pueblos indígenas – El caso de Colombia William Villa | 118 |
| El ejercicio de la justicia indígena Luis Vittor | 136 |
| Nuevos paradigmas estatales para el fortalecimiento del pluralismo jurídico – La justicia indígena en un nuevo modelo estatal Silvina Ramírez | 150 |
| Las implicancias del Convenio 169 de la OIT para los derechos de las mujeres indígenas en América Latina María Eugenia Choque Quispe..... | 166 |

Introducción

El 7 de junio de 1989 la Conferencia Internacional del Trabajo congregada en Ginebra en su septuagésima sexta reunión aprobó el Convenio N° 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 N° 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 trabajadores 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 discriminación 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, económicos 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 disposiciones de los Convenios ratificados (art 19. 5.d Constitución OIT). Esto significa que los gobiernos 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 análisis 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 indígenas. 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 interculturales, 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 N° 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 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 2017 (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 identificados 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 mar-

cada, 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 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 comunidad 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 vinculados 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 de 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 Silvana 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 incluido 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 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 Ortíz, 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 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 han 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 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 desa-

rollo 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 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 mapuche 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 encargar 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.

Recomendaciones

Es indudable que la implementación efectiva del Convenio 169 requerirá también de un esfuerzo desde el seno de la propia OIT, por ser el órgano del cual emanó este instrumento internacional y la institución encargada de la supervisión de su cumplimiento por los estados que la han ratificado. No obstante los esfuerzos desarrollados por la OIT en estos 25 años para con este objetivo, las dificultades experimentadas en la aplicación efectiva de este Convenio en América Latina, las que en este informe hemos constatado, dan cuenta de la necesidad de reforzar su acción en este sentido. Ello con miras a promover un mayor conocimiento del Convenio por las partes involucradas, y a precisar, a través de campañas de difusión a todos los niveles, el sentido y alcance de sus disposiciones y de las obligaciones de los estados que lo ratifican. 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. Es muy posible además que la OIT deba, para con este objetivo, resistir las presiones surgidas desde sectores que en el último tiempo han cuestionado este instrumento, así como la interpretación que sus órganos han hecho del alcance de sus derechos –tales como la consulta, o los derechos de propiedad sobre las tierras de ocupación tradicional– toda vez que se sienten afectados en sus intereses por ellos.

En este sentido constatamos la existencia de algunas limitantes en la estructura y procedimientos de la OIT que a nuestro entender impiden el establecimiento de un diálogo efectivo entre los pueblos indígenas y los mandantes de la OIT como institución tripartita. Ello se evidencia, por ejemplo, en el hecho que los pueblos indígenas no puedan enviar directamente a la Comisión de Expertos de la Aplicación de Convenios y Recomendaciones de la OIT, sus reclamaciones o informe sobre la aplicación del Convenio 169, sino que deban hacerlo a través de los sindicatos que voluntariamente se presten a canalizar dicha información a través de terceras instancias autorizadas para estos efectos, como los sindicatos.

Para superar esta realidad es que estimamos pertinente recomendar que se considere la posibilidad de establecer dentro de la estructura institucional y orgánica de la OIT un mecanismo a través del cual los pueblos indígenas no solo puedan presentar alegaciones por el incumplimiento del Convenio 169 por parte de los estados, sino también para facilitar y hacer posible un diálogo horizontal y constructivo con los distintos mandantes de esta entidad que permita avanzar en la implementación del Convenio. La posibilidad de que estados, empleadores, trabajadores y pueblos indígenas puedan contar con un espacio institucional de interlocución a nivel supranacional permitirá generar un mayor nivel de consenso, así como prevenir y mitigar las relaciones de mutua desconfianza que suelen generar las situaciones concretas en las que se involucran, en los espacios nacionales, los intereses de todos estos actores.

Constatamos, además, que en los últimos años las cuestiones relacionadas con la implementación y aplicación del Convenio 169, al menos en América Latina, se han trabajado casi exclusivamente a través de proyectos específicos, como el Pro169, cuyo cierre dejaría a las ofi-

cinas regionales, con el área Departamento de Normas Internacionales (encargado de velar por la correcta aplicación de los Convenios OIT en general) como única instancia institucional donde poder trabajar lo relacionado a este instrumento.

Por ello, además del establecimiento de un espacio institucional adecuado al interior de la OIT, consideramos necesario mejorar la capacidad de la OIT para promover la implementación del Convenio 169. Para ello se requiere que la institución cuente con personal técnico especializado que pueda apoyar la implementación del Convenio en cada uno de las oficinas regionales. Su función, al igual que la del personal especializado del resto de las partes mandatarias, consistiría en “mantener relaciones estrechas y directas con las organizaciones de los (*pueblos indígenas*) de los Estados Miembros, a quienes facilita los recursos que la OIT pone a disposición y mantener a la OIT constantemente enterada de las opiniones, preocupaciones y prioridades de esas organizaciones”.²¹

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. ○

Notas

- 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 Argentina, Bolivia, Brasil, Chile, Colombia, Costa Rica, Dominica, Ecuador, Guatemala, Honduras, México, Nicaragua, Paraguay, Perú y Venezuela.
- 4 Martínez Cobo, José R. (1986). *Estudio del problema de la discriminación contra las poblaciones indígenas*, Relator 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. Ginebra: ONU.
- 5 Yrigoyen, Raquel (2011). *El horizonte del constitucionalismo pluralista: del multiculturalismo a la descolonización*. En Cesar Rodríguez G., (Coord.), *El derecho en América Latina. Un mapa para el pensamiento jurídico del Siglo XXI*. (pp. 139-59). Buenos Aires: Siglo XXI Editores.
- 6 Burguete, Aracely (2008). *Gobernar en la diversidad en tiempos del multiculturalismo en América Latina*. En Xochitl Leyva et al. (Coords.), *Gobernar en la diversidad: Experiencias indígenas desde América Latina. Hacia la investigación de co-labor* (pp. 15-64). México DF: CIESAS.
- 7 Stavenhagen, Rodolfo (2006) *Report of the Special Rapporteur on the situation of human rights and fundamental freedoms of indigenous people, Rodolfo Stavenhagen.* Addendum, United Nations, E/CN.4/2006/78/Add.5, 17 January 2006.*
- 8 González Casanova, P. (1992). “Colonialismo Interno: una Definición”, en *América Latina Historia y Destino. Homenaje a Leopoldo Zea*, FULLAT | GENIS, O.et.al., p. 263-266. México UNAM.
- 9 Es el caso de entre otros estados que han suscrito el Convenio 169, Argentina, Chile, Colombia Costa Rica, Ecuador

- y Bolivia.
- 10 Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones, Observación General sobre el Convenio núm. 169, 79.ª sesión, 2008 (publicación 2009).
 - 11 Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones, 73ª sesión, Observación Perú, publicación 2003 (párrafo 7). En Organización Internacional del Trabajo (Pro 169, Departamento de Normas Internacionales del Trabajo). *Los derechos de los pueblos indígenas y tribales en la práctica*. Ginebra: OIT, 2009, pág. 94; Conferencia Internacional del Trabajo. *Informe del Comité de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones (Artículos 19, 22 y 35 de la Constitución)*. Ginebra: Oficina Internacional del Trabajo, 2009, pág. 742.
 - 12 OIT, disponible en <http://www.ilo.org/indigenous/Aboutus/pro169/lang-es/index.htm>
 - 13 Comisión Económica para América Latina (2014). *Los pueblos indígenas en América Latina. Avances en el último decenio y restos pendientes para la garantía de sus derechos*. Santiago: CEPAL.
 - 14 *Ibid.*, p. 56 y 57.
 - 15 Pozo, Andrés, “OIT acoge petición de privados y encarga estudio regional para evaluar ajustes a aplicación del Convenio 169”, *Diario Financiero*, Santiago Chile, 7/8/2014. Disponible en <https://www.df.cl/noticias/empresas/actualidad/oit-acoge-peticion-de-privados-y-encarga-estudio-regional-para-evaluar-ajustes-a-aplicacion-del-convenio-169/2014-08-06/221236.html>
 - 16 MC 382/10 – Comunidades Indígenas de la Cuenca del Río Xingu, Pará, Brasil. Disponible en <http://www.oas.org/es/cidh/decisiones/cautelares.asp>
 - 17 Comisión Interamericana de Derechos Humanos (2013), *Resolución 1/2013, Reforma del Reglamento, Políticas y Prácticas*.
 - 18 Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones (2009), *op cit.*, p.731.
 - 19 Naciones Unidas, Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y libertades fundamentales de los indígenas, James Anaya, A/HRC/12/4, 15 de julio de 2009, pág. 49.
 - 20 *Ibid.*, pág. 52.
 - 21 Ver: <http://www.ilo.org/public/spanish/dialogue/actemp/whatwedo/mission.htm>

Notas sobre el Convenio 169 y la lucha contra la discriminación

José Francisco Calí Tzay¹

Introducción

El Convenio No.169 de la Organización Internacional del Trabajo sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes (en adelante Convenio169), fue adoptado por la Conferencia General de la OIT en su septuagésima sexta reunión, el 7 de junio de 1989, y entró en vigor el 5 de septiembre de 1991. El Convenio 169 es un tratado internacional “sui generis” porque –entre otras cosas– tiene la particularidad de hacer parte del Código Internacional del Trabajo y, al mismo tiempo, ser un tratado del derecho internacional de los derechos humanos.

Los 10 párrafos del preámbulo y los 44 artículos del Convenio169, son el resultado de una revisión parcial² del Convenio No.107 de la OIT relativo a la protección e integración de las poblaciones indígenas, tribales y semitribales en los países independientes (en adelante Convenio 107).³ La OIT afirma que “en la época en que se adoptó el [Convenio 107], los pueblos indígenas y tribales eran considerados como sociedades ‘atrasadas’ y transitorias[;] para que pudiesen sobrevivir, se creía indispensable fundirlas en la corriente nacional mayoritaria mediante la integración y la asimilación”.⁴

La OIT ha destacado que el Convenio 169 “[...] señala un cambio en la concepción de la OIT sobre los pueblos indígenas y tribales[;] su protección continúa siendo el objetivo principal, pero basada en el respeto de sus culturas, formas de vida, tradiciones y costumbres propias[;] otro de sus fundamentos es la convicción de que los pueblos indígenas y tribales tienen derecho a continuar existiendo sin pérdida de su propia identidad y con la facultad de determinar por sí mismos la forma y el ritmo de su desarrollo”.⁵

Por cierto, el proceso normativo⁶ fue conducido por la OIT, pero en la elaboración del Convenio169 participaron también –en sus respectivas áreas de competencia– la ONU, la FAO, la UNESCO y la OMS.⁷ Analizado desde el punto de vista de la lucha contra la discriminación, se podría afirmar que el Convenio169 tiene dimensiones reparadoras o remediadoras, protectoras y preventivas para los pueblos, las comunidades, las instituciones y las personas indígenas.

Algunos asuntos generales

La revisión parcial del Convenio107 se da en un momento político mundial muy particular, donde existía una corriente (organizaciones indígenas e intelectuales solidarios con las luchas indígenas)

que criticaba, duramente, la filosofía y la letra de este tratado. La crítica se centraba, en particular, en la integración que promovía, y que la práctica había demostrado desembocaba en asimilación. Para situar el momento cuando la OIT emprendió dicha revisión, entre otros asuntos podemos mencionar lo siguiente:

- a) Existía la contradicción Este–Oeste (aunque habían signos claros de la crisis interna del “bloque socialista”);
- b) para los estados africanos, en sus territorios, no existían pueblos indígenas (pero estaba, muy presente, el régimen del apartheid);
- c) algunos estados asiáticos reconocían la existencia de “algunos grupos tribales menores”;
- d) a partir de fines de los años 70 del siglo pasado, se había estructurado un movimiento indígena internacional que –poco a poco– hace oír su voz en los órganos internacionales de derechos humanos;⁸
- e) en 1977, se realizó la “Conferencia internacional de ONG sobre la discriminación contra las poblaciones indígenas de las Américas”;
- f) en 1981, tuvo lugar la “Conferencia internacional de ONG sobre las poblaciones indígenas y la tierra”;⁹
- g) en 1981, la UNESCO emitió la “Declaración de San José sobre etnocidio y etnodesarrollo”;¹⁰
- h) en 1982, comenzó a funcionar el “Grupo de trabajo sobre poblaciones indígenas de la Subcomisión de prevención de discriminaciones y de protección a las minorías” de la ONU que tenía como mandato elaborar un instrumento específico;
- i) en 1985, concluyó el estudio de la ONU sobre la discriminación contra las poblaciones indígenas.¹¹

Específicamente, en América Latina había cinco guerras abiertas¹² donde –de una u otra manera– había pueblos indígenas involucrados; algunas dictaduras estaban en retirada, pero no derrotadas, pues entre “los enemigos internos de las patrias latinoamericanas”, seguían figurando los pueblos indígenas; existía una tendencia (o política) para disminuir las cifras de población indígena (ausencia de preguntas específicas en los censos) o, simplemente, se negaba su existencia cultural.

Constatando la situación de los pueblos indígenas y observando sus reivindicaciones no era difícil afirmar que, en el continente, existía –con distintos énfasis y bemoles– un cuadro generalizado (grave, sistemático y reiterado) de violaciones a los derechos humanos y a las libertades fundamentales internacionalmente reconocidas. La discriminación (en todos los planos) figuraba como “un problema mayor”; ésta era de *iure* o de *facto* y afectaba –directamente– a pueblos, comunidades, organizaciones y personas indígenas.

Las ya mencionadas conferencias internacionales de ONG (1977 y 1981), los documentos del Informe Martínez Cobo y los informes sobre Chile y Guatemala de los Relatores Especiales de la Comisión de Derechos Humanos de la ONU, permitieron abrir un enjundioso debate jurídico-filosófico (aún no concluido) sobre los derechos, particulares y específicos, de los pueblos indígenas.

También debe considerarse que la UNESCO, desde mediados de los años 70, está utilizando el concepto “etnocidio” para referirse a la situación de los pueblos indígenas; pero, a nuestro entender, lo más importante fueron los discursos (testimonios, denuncias y descripciones) de dirigentes indígenas en los primeros períodos de sesiones del Grupo de Trabajo de Poblaciones Indígenas (GTPI) de Naciones Unidas, pues mostraron (con cristalina transparencia) que se estaba frente a un grave problema de discriminación que –con algunos bemoles– tenía alcance mundial.¹³ Frente a esta situación y de conformidad con la Carta de la ONU, las Constituciones de los organismos especializados y los instrumentos internacionales (directa o indirectamente) referidos a la discriminación, todo el sistema ONU sino estaba conminado a actuar.

El Convenio 169, sin ninguna duda, y no podía ser de otra manera, está “anclado” en la Constitución de la OIT, “asociado” a otros instrumentos del Código Internacional del Trabajo,¹⁴ “enmarcado” en la Carta de la ONU y en todos los instrumentos internacionales de derechos humanos y, además, “referenciado” por disposiciones de algunos instrumentos de otros organismos especializados de la ONU. Se debe dejar constancia que el Convenio 169 fue una de las fuentes de la Declaración de la ONU sobre los derechos de los pueblos indígenas de 2007 (en adelante la Declaración).¹⁵

En definitiva, “el Convenio, como todos los instrumentos de derecho internacional, es el resultado final de discusiones, debates, votaciones y consensos (habidos entre 1986 y 1989) que decidieron la revisión parcial del Convenio 107 y desembocaron en el texto del Convenio 169. “[...] El Convenio, como la gran mayoría de los convenios de la OIT, no acepta o no contempla reservas, es decir, el Estado no tiene la posibilidad de declarar, unilateralmente, que uno o más arts. no son aplicables o que no se siente obligado o vinculado por ellos[;] el Estado sólo tiene dos posibilidades: ratifica el instrumento o lo rechaza in toto”.¹⁶

La primera reacción de las organizaciones indígenas¹⁷ al Convenio 169 no fue del todo favorable y se criticó –principalmente– la poca participación indígena en el proceso normativo y la interpretación que –inicialmente– se hizo a propósito del artículo 1.3, porque se supuso negaba el derecho a la libre determinación de los pueblos. A poco tiempo de ser aprobado el Convenio, un autor hizo también referencia a los problemas de implementación que –dada la redacción– podrían presentarse y “recuerda que los siguientes asuntos fueron visualizados como posibles ‘escollos para la implementación del instrumento’: ‘allanar las dificultades’ (art. 5.c); ‘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); ‘establecer o mantener procedimientos con miras a consultar’ (art. 15.2); ‘siempre que sea posible’ (arts.15.2 y 16.3); ‘cuando haya lugar’ (arts. 16.2 y 27.2); ‘cuando sea posible’ (arts. 22.3 y 23.2); ‘en la medida de lo posible’ (art. 25.2); ‘siempre que sea viable’ (art. 28); ‘cuando no sea viable’ (art. 28); y, ‘si fuere necesario’ (art. 30.2)”.¹⁸

De la lectura del Convenio 169 y de los documentos evacuados por la OIT¹⁹ (desde que se convocó a los expertos, hasta que éste fue aprobado) se desprende que el objetivo central del instrumento es asegurar –sin discriminaciones– el goce y ejercicio de todos los derechos humanos y de todas las libertades fundamentales a pueblos (indígenas y tribales) que –en ese tiempo– se calculaba eran cerca de 400 millones de personas y, culturalmente, eran (y son) la más clara expresión de la diversidad cultural de nuestro planeta.

A nuestro entender, cinco elementos y/o sentencias (directa o indirectamente relacionadas con la discriminación de las que son o han sido víctimas los pueblos indígenas) atraviesan –con mayor o menor énfasis– todas las disposiciones medulares²⁰ del Convenio 169 y constituyen su filosofía:

- a) La discriminación es un delito internacional que hay que combatir adoptando medidas adecuadas, eficaces y oportunas;
- b) todos los pueblos indígenas son beneficiarios plenos de todos los derechos y libertades fundamentales internacionalmente establecidos;
- c) toda cultura tiene una dignidad y un valor que deben ser reconocidos, respetados y –si es necesario– protegidos; así, los pueblos indígenas tienen el derecho a recuperar o mantener, reproducir, recrear, proteger, controlar, desarrollar, proyectar y transmitir a las generaciones futuras el conjunto de su patrimonio cultural;
- d) los pueblos indígenas, para seguir existiendo en tanto pueblos, tienen el derecho a la propiedad, la posesión, el control, la gestión y la administración de sus tierras y territorios y de todos los recursos materiales y espirituales que éstos contienen; y,
- e) los pueblos indígenas tienen el derecho a participar y ser consultados en todos los asuntos que –directamente– les conciernen.

Hace algún tiempo Ibarra (2012) escribió que: “La ‘discriminación racial’ es la astrosa práctica denotada en la relación cotidiana que la sociedad y el Estado imponen a los pueblos indígenas y que tiene sus expresiones más repugnantes en el actuar, deliberado, de los órganos del Estado y de los servicios públicos que niegan, limitan o restringen derechos, libertades y oportunidades, individual o colectivamente, a los indígenas. La negación o relativización de los derechos civiles, políticos, económicos, sociales y/o culturales de los pueblos indígenas son actos mayores de discriminación. Los ‘prejuicios raciales’ son los síntomas menos ocultos del racismo y de la discriminación; éstos toman la forma de claras, torpes y groseras actitudes y/o de cortísimas y vejatorias frases con respecto a todo el universo indígena; dichas consignas, que ofenden la dignidad de personas, comunidades y pueblos indígenas, están, sólidamente, ancladas en el inconsciente de los individuos, pero, no resisten el más mínimo análisis objetivo ni, mucho menos, histórico. Para cubrir algunos aspectos más sutiles de la discriminación es necesario utilizar el concepto de ‘discriminación sistémica’ para referirse a las legislaciones (aparentemente neutras) que, aun cuando se apliquen de manera uniforme a toda la población de un país, impiden, en la práctica, a los pueblos indígenas tener igualdad de oportunidades o ser beneficiarios plenos de los derechos, libertades o garantías contenidos en dichas legislaciones. En América Latina, el más claro ejemplo de ‘discriminación sistémica’ son las condiciones de altura definidas por los ejércitos para ingresar a las escuelas de oficiales; esos ‘reglamentos’ en ninguna parte dicen que no se admiten indígenas o que aceptan solamente altos, rubios y con los ojos azules, pero al exigir una altura superior a la altura de los indígenas, en la práctica, los excluyen”.²¹

El Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial (CERD), en el párrafo 4 de su Recomendación General N° 23 (1997), refiriéndose a las responsabilidades de los estados con respecto a los pueblos indígenas, dice:

El Comité exhorta en particular a los Estados Partes a que: a) Reconozcan y respeten la cultura, la historia, el idioma y el modo de vida de los pueblos indígenas como un factor de enriquecimiento de la identidad cultural del Estado y garanticen su preservación; b) Garanticen que los miembros de los pueblos indígenas sean libres e iguales en dignidad y derechos y libres de toda discriminación, en particular la que se base en el origen o la identidad indígena; c) Proporcionen a los pueblos indígenas las condiciones que les permitan un desarrollo económico y social sostenible, compatible con sus características culturales; d) Garanticen que los miembros de los pueblos indígenas gocen de derechos iguales con respecto a su participación efectiva en la vida pública y que no se adopte decisión alguna directamente relacionada con sus derechos e intereses sin su consentimiento informado; e) Garanticen que las comunidades indígenas puedan ejercer su derecho a practicar y reavivar sus tradiciones y costumbres culturales y preservar y practicar su idioma.²²

Recientemente, una publicación de la OIT afirma que: “En la mayoría de los países, los pueblos indígenas padecen de un nivel de pobreza significativamente más elevado que los de otros sectores de la sociedad, así como pronunciadas desventajas en materia de salud y de educación. Lo anterior puede, en gran medida, estar relacionado con la discriminación estructural que se refleja también en una escasa inversión pública en tierras indígenas, por ejemplo, en términos de infraestructura y comunicaciones. Además, la contribución de los pueblos indígenas a la economía y el desarrollo nacional resulta a menudo invisible, pues sus sistemas de producción pueden estar principalmente orientados hacia la subsistencia, y frecuentemente trabajan en sectores informales como trabajadores no calificados o como trabajadores domésticos. No obstante, existe hoy un creciente reconocimiento del potencial económico que significaría superar la discriminación de los pueblos indígenas, así como del potencial económico y de desarrollo de sus culturas, conocimientos y sistemas de producción y de recursos naturales”.²³ La misma publicación agrega que: “Si se respetan los derechos de los pueblos indígenas y sus aspiraciones en el proceso de desarrollo, los pueblos indígenas se asocian plenamente al desarrollo, incrementando así considerablemente su contribución a las economías nacionales”.²⁴ Aquí se presenta un problema a consignar, porque el texto de la primera cita y la formulación condicional de la segunda, a 25 años de entrada en vigor del Convenio 169, podría permitir afirmar que se ha avanzado poco.

Debe considerarse también que en las conversaciones, discusiones y/o acuerdos para poner fin a la guerra en Guatemala y al conflicto de Chiapas, los negociadores tuvieron en cuenta la filosofía y la letra del Convenio 169. Asimismo, la primera “influencia directa” del Convenio 169 en un instrumento internacional de derechos humanos quedó plasmada en la redacción final de los artículos 17.d), 29.d) y 30 de la Convención de los Derechos del Niño.²⁵ Una atenta lectura de las Declaraciones Finales de este tratado internacional y de los Programas de Acción de las Conferencias internacionales de derechos humanos, en lo que respecta a indígenas, permite notar –en alguna medida– “la influencia” del Convenio 169 y del debate que estaba abierto en el GTPJ de Naciones Unidas. También se debe destacar que la influencia del Convenio 169 y de la Declaración son evidentes en manuales o guías que entregan orientaciones para la implementación de algunas disposiciones de otros tratados o programas específicos.²⁶ Y, lo más relevante, el

Sistema Interamericano de Derechos Humanos (Comisión y Corte) ha acogido y fallado reclamos (de pueblos, comunidades, organizaciones y personas indígenas), exclusivamente, basados en el Convenio 169 y, en ese sentido, se ha sentado jurisprudencia.²⁷

La discriminación en la parte preambular del Convenio 169

A nuestro entender, la “prevención de la discriminación” (que figura en el tercer párrafo preambular) se basa en las definiciones de: a) el Convenio N°111 de la OIT relativo a la discriminación en materia de empleo y ocupación²⁸ (art. 1); b) la Convención de la UNESCO relativa a la lucha contra las discriminaciones en la esfera de la enseñanza (art. 1); y c) la Convención internacional sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial (art. 1). Pero, más allá de las definiciones (que son determinantes, pues tipifican el delito), lo más importante, en la parte dispositiva, es que el Convenio 169 para combatir la discriminación establece medidas remediadoras por los atropellos pasados y protectoras para los pueblos, comunidades, instituciones y personas indígenas. Se puede afirmar, por tanto, que el Convenio 169 *–in toto–* es un tratado contra la discriminación que figura como asunto central en el preámbulo, destacando, en la parte dispositiva, los artículos 2, 3, 6, 7, 8 a 12, y 13 a 16.²⁹

Si analizamos el tercer párrafo del preámbulo del Convenio 169, notaremos que refiere a la Carta Internacional de Derechos Humanos y a los “numerosos instrumentos internacionales sobre la prevención de la discriminación”; esto significa, que incluye todos los instrumentos (tratados, declaraciones y resoluciones) que se refieren a la discriminación adoptados por el sistema ONU a la fecha (1989) en que la Conferencia General de la OIT adoptó el Convenio 169. En consecuencia, podemos decir que la no-discriminación es uno de los principios filosóficos básicos que atraviesa todo el instrumento y, al mismo tiempo, es una de las reivindicaciones (expresada de diferentes maneras y sobre diversas materias) más sentidas y reclamadas por los pueblos indígenas. Íntimamente asociado a lo anterior, es interesante tomar nota de que el sexto párrafo preambular señala que: “Observando que en muchas partes del mundo esos pueblos no pueden gozar de los derechos humanos fundamentales en el mismo grado que el resto de la población de los Estados en que viven y que sus leyes, valores, costumbres y perspectivas han sufrido a menudo una erosión”.³⁰

De igual modo, una publicación del UNICEF recuerda que: “En 1989, en una Observación general, el Comité de derechos humanos ha subrayado que la no-discriminación es un principio fundamental y general en materia de protección de los derechos humanos con el mismo valor que la igualdad de y ante la ley”.³¹ Se debe recordar, asimismo, que el Proyecto de Declaración sobre los derechos de los pueblos indígenas, adoptado por la Subcomisión³² a propósito de la “ideología de la discriminación”, señala en un párrafo preambular que: “[...] todas las doctrinas, políticas y prácticas basadas en la superioridad de determinados pueblos o personas o que la propugnan aduciendo razones de origen nacional o diferencias raciales, religiosas, étnicas o culturales son racistas, científicamente falsas, jurídicamente inválidas, moralmente condenables y socialmente injustas”.

Los artículos 2 y 3 del Convenio 169

Los artículos 2 y 3 del Convenio 169 son disposiciones generales del tratado, es decir, lo allí expresado impregna todo el instrumento. Aquí es necesario hacer una precisión, pues el Convenio 169 aboga por –y defiende– la identidad social y cultural, las costumbres, tradiciones e instituciones de los pueblos indígenas. Pero dicha abogacía y defensa tienen un límite, porque en ningún caso, situación o circunstancia, la OIT podría aceptar alguna “práctica cultural indígena”³³ que vaya al encuentro de los derechos humanos internacionalmente reconocidos como valores fundamentales de la especie humana.

El artículo 2 del Convenio 169 reza:

1. 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.
2. Esta acción deberá incluir medidas:
 - a) 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;
 - b) que promuevan la plena efectividad de los derechos sociales, económicos y culturales de esos pueblos, respetando su identidad social y cultural, sus costumbres y tradiciones, y sus instituciones;
 - c) que ayuden a los miembros de los pueblos interesados a eliminar las diferencias socio-económicas que puedan existir entre los miembros indígenas y los demás miembros de la comunidad nacional, de una manera compatible con sus aspiraciones y formas de vida.

Este artículo, en su primer párrafo, aborda dos asuntos básicos: a) se refiere a la responsabilidad de los Estados (“gobiernos”) en el desarrollo de una acción “coordinada y sistemática” que tenga como objetivo “proteger los derechos” de los pueblos indígenas, es decir, el Estado –según este párrafo– tiene la “responsabilidad” (el deber) de brindar una protección adecuada para garantizar el respeto, goce y ejercicio de todos los derechos humanos y de todas las libertades fundamentales contempladas en los distintos instrumentos internacionales de derechos humanos, incluidos los derechos y las libertades contenidos en el Convenio 169; y, b) dice que las medidas deberán tener la finalidad de “garantizar el respeto de su integridad” en tanto pueblos, es decir, considera a los pueblos indígenas como identidades colectivas únicas, creadoras, poseedoras y portadoras de culturas, particulares y específicas, que hacen parte del patrimonio cultural de la humanidad.

Este es el primer artículo de dicho tratado que incluye “la participación de los pueblos interesados”. La participación y la no-discriminación son elementos claves y constituyentes de la filosofía del Convenio 169, esto es, están anclados en la reflexión y la acción que inspira y orienta todo el instrumento. Va de suyo que la participación no es una actividad folclórica, sino que se trata de una participación real y efectiva, es decir, a la vez adecuada, informada y respetada.

El segundo párrafo contiene tres elementos (pie de igualdad, participación y diferencias socioeconómicas) consideradas medidas que quedan bajo la responsabilidad de los Estados.

El “pie de igualdad” (literal a)) está explicado vía la no-discriminación de ningún tipo. La “plena efectividad” (literal b)) reclama a los estados que promuevan y promulguen –“con la participación de los pueblos interesados”– medidas reales, fructíferas y concretas que permitan el goce y ejercicio (“plena efectividad”) de los derechos económicos, sociales y culturales, tanto los contenidos en los instrumentos de derecho internacional, como los establecidos en este Convenio, así como aquellos que contenga la legislación nacional; a lo anterior se agrega una condición no discriminatoria (que debe contar también con la necesaria consulta y la efectiva participación) de aplicar las medidas mencionadas “respetando [la] identidad social, cultural, [las] costumbres y tradiciones, y [las] instituciones [de los pueblos indígenas]”.

El tercer elemento, del párrafo en comento, dice que los gobiernos deberán también tomar “medidas que ayuden” (literal c)) a los pueblos indígenas a “eliminar las diferencias socioeconómicas” que existan entre los pueblos indígenas y los otros componentes de la sociedad nacional y, para evitar discriminación y favorecer la participación de dichos pueblos, agrega que ello debe ser “de una manera compatible con sus aspiraciones y formas de vida”. De lo anterior se desprende que la “ayuda” propuesta debe ser la que los pueblos indígenas consideren necesaria de acuerdo a sus patrones culturales y no la que el Estado crea que estos deben recibir o aceptar; de este modo, la lectura de implementación de esta parte del párrafo indica que el Estado no puede imponer, de ninguna manera y en ningún caso, su “ayuda”.

El artículo 3 del Convenio 169 dice:

1. 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.
2. No deberá emplearse ninguna forma de fuerza o de coerción que viole los derechos humanos y las libertades fundamentales de los pueblos interesados, incluidos los derechos contenidos en el presente Convenio.

La primera frase del primer párrafo de este artículo contiene dos asuntos fundamentales: a) reafirma que los pueblos indígenas son beneficiarios plenos de todos los “derechos humanos” y de todas las “libertades fundamentales” establecidos en los distintos instrumentos internacionales de derechos humanos; y, b) para asegurar la calidad de beneficiarios de éstos, precisa que el goce (que, en este caso, implica también el ejercicio) de los derechos y libertades mencionados no serán entrabados o relativizados, ni –mucho menos– restringidos, limitados o negados por “obstáculos”³⁴ o “discriminación”.

En la segunda frase, el primer párrafo reafirma que todas las disposiciones del Convenio 169 son aplicables “sin discriminación a los hombres y mujeres” indígenas. Para una lectura de implementación de esta frase hay que considerar que el artículo 20.3.d), exige que sean adoptadas medidas para asegurar el trato y las oportunidades en el empleo, sin discriminación entre hombres y mujeres, y de protección contra el hostigamiento sexual.

El segundo párrafo del artículo está dirigido a los estados y los compele a no utilizar “ninguna forma de fuerza o coerción”³⁵ que viole, ignore, limite, niegue o restrinja los derechos humanos y las libertades fundamentales. Es un indiscutible principio de derecho que todo acto jurídico, en particular, todo contrato, acuerdo o compromiso en que una de las partes haya utilizado la coerción, debe ser considerado nulo y sin valor.

Los artículos 6 y 7 del Convenio 169

Los artículos que aquí se pretende analizar son disposiciones generales, es decir, tienen implicancias –directas y totales– sobre todas las disposiciones medulares del tratado; aún más, el artículo 6 ha sido definido por la OIT como la “piedra angular del Convenio”.

Dicho artículo dispone lo siguiente:

1. Al aplicar las disposiciones del presente Convenio, los gobiernos deberán:
 - a) consultar a los pueblos interesados, mediante procedimientos apropiados y en particular a través de sus instituciones representativas, cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarlos directamente;
 - b) establecer los medios a través de los cuales los pueblos interesados puedan participar libremente, por lo menos en la misma medida que otros sectores de la población, y a todos los niveles en la adopción de decisiones en instituciones electivas y organismos administrativos y de otra índole responsables de políticas y programas que les conciernan;
 - c) establecer los medios para el pleno desarrollo de las instituciones e iniciativas de esos pueblos, y en los casos apropiados proporcionar los recursos necesarios para este fin.
2. Las consultas llevadas a cabo en aplicación de este Convenio deberán efectuarse de buena fe y de una manera apropiada a las circunstancias, con la finalidad de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento acerca de las medidas propuestas.

A propósito de los asuntos centrales de este artículo, la OIT ha escrito que “la consulta y la participación son principios fundamentales de la gobernanza democrática y del desarrollo incluyente. El Convenio 169 introdujo disposiciones sobre consulta y participación para eliminar el enfoque integracionista del anterior Convenio 107. Si bien la consulta y la participación son objetivos importantes por sí mismos, son también el medio por el cual los pueblos indígenas pueden participar plenamente en la adopción de las decisiones que les afectan”.³⁶ Y, además, agrega que “la consulta de los pueblos indígenas se erige por lo tanto en obligación general en virtud del Convenio 169, cada vez que haya medidas legislativas o administrativas que afecten directamente a dichos pueblos[;] dichas medidas pueden referirse, por ejemplo, a la elaboración de legislación nacional relativa a consultas o a la construcción de infraestructura vial en las tierras de una comunidad indígena específica[;] además, el [tratado] subraya particularmente la necesidad de consultar en ciertas

circunstancias que incluyen la consulta previa a la prospección o la explotación de los recursos del subsuelo y a la reubicación y la enajenación de tierras. El contenido central de la aplicación de los conceptos de consulta y participación resulta clave en el contexto de las relaciones entre los pueblos indígenas y los Estados. El requisito de emprender consultas con los pueblos indígenas es a la vez amplio y específico”.³⁷

El literal a) del primer párrafo del artículo estipula que los “gobiernos deberán consultar” utilizando “procedimientos adecuados y en particular a través de sus instituciones representativas” todas las veces que tengan la intención de adoptar medidas, tanto “legislativas” como “administrativas”, que puedan afectar o que afecten “directamente” a los pueblos indígenas. Por “consultar” se debería entender: “preguntar su opinión a otra u otras personas y tratar con ellas cierto asunto”. Por “procedimientos adecuados”, en este caso, se debe entender: formas, métodos, maneras, sistemas, órganos o políticas adaptados y apropiados a las particulares y específicas características culturales de los pueblos indígenas consultados, para que éstos, a través de sus “instituciones representativas”,³⁸ puedan participar de manera efectiva en todos los asuntos que “directamente”³⁹ les conciernen.

Por su parte, el literal b) dispone que el Estado deberá “establecer los medios”, es decir, crear mecanismos, vías, procedimientos, órganos o instancias para que los pueblos indígenas “puedan participar libremente”; va de suyo que el establecimiento de “los medios” se hará en consulta y con la participación de los pueblos indígenas. También, dicho párrafo prevé que la participación será sin discriminación, esto es, como mínimo “en la misma medida que otros sectores de la población” del país y, al mismo tiempo, precisa que la participación debe ser “a todos los niveles en la adopción de decisiones en instituciones electivas y organismos administrativos y de otra índole responsables de políticas y programas que les conciernan”. En esta última parte, está claramente establecida una amplia participación de los pueblos indígenas en todos los asuntos que “directamente” les conciernen.

El literal c) precisa que el Estado deberá “establecer los medios” (es decir, mecanismos, vías, procedimientos, órganos o instancias) para que “las instituciones e iniciativas” de los pueblos indígenas puedan desarrollarse plenamente y, si fuera necesario o pertinente, el Estado deberá “proporcionar los recursos necesarios” para permitir el “pleno desarrollo” tanto de las “instituciones” como de estas “iniciativas”. Se notará que el texto no precisa de qué “recursos” se trata, entonces, se deberá entender que comprende, *inter alia*, recursos económicos, materiales, jurídicos y de asistencia técnica que las “instituciones e iniciativas” necesiten para su pleno desarrollo. Las “iniciativas”, deberán entenderse como la formulación de las reivindicaciones, proyectos, proposiciones, sueños y anhelos de los pueblos indígenas.

El segundo párrafo, en tanto, condiciona “las consultas llevadas a cabo en aplicación” del Convenio 169, pues dice que dichas consultas se harán “de buena fe y de una manera apropiada a las circunstancias”, lo que presupone que estas se realizarán de manera informada, libre; sin omitir ningún elemento, actor o consecuencia; sin presiones de ningún tipo; y, en condiciones de igualdad y de respeto. La segunda parte del párrafo precisa que el objetivo de las consultas es llegar “a un acuerdo o lograr el consentimiento”⁴⁰ de los pueblos indígenas “a cerca de las medidas propuestas”, en este caso, por el Estado o las autoridades gubernamentales. En consecuencia,

el “acuerdo”, teniendo en cuenta las condicionantes mencionadas, debe entenderse como cosa resuelta o decidida por dos o más personas después de hablar o discutir sobre el asunto de que se trata; el “consentimiento”, por su parte, debe entenderse como la acción de consentir, es decir, autorizar, dejar, permitir.

Este artículo quizás sea el que más dificultades presenta para su implementación porque obliga a los Estados a consultar, en todos los asuntos que –directamente– conciernen o afectan a los pueblos indígenas, debiendo tenerse presente que, entre otros asuntos no menos peyorativos, los pueblos indígenas eran considerados “obstáculos para el desarrollo”, “grupos destinados a desaparecer” o “culturas moribundas”, y que se negaba su existencia física y cultural. Con un poco de ironía, se puede afirmar que los Estados están más acostumbrados a imponer que a dialogar o consultar. Pero quizás la razón de fondo está en la diferencia de lo que entiende el Estado y lo que entienden los pueblos indígenas por “consultar”, porque, sin ninguna duda, se parte de filosofías, sistemas jurídicos, visiones y concepciones del mundo muy distintos, donde también son diferentes los tiempos y las instancias de toma de decisiones.

Se suma a lo anterior el hecho de que existen varios tipos de consultas. Porque una cosa es consultar a propósito de la construcción de un puente y otra, bien distinta, es implementar un proceso de consulta con respecto a la política lingüística, de tierras, recursos naturales o educacional.⁴¹

El artículo 7 establece:

1. Los pueblos interesados deberán tener el derecho de decidir sus propias prioridades en lo que atañe al proceso de desarrollo, en la medida que éste afecte sus vidas, creencias, instituciones y bienestar espiritual y a las tierras que ocupan o utilizan de alguna manera, y de 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.
2. El mejoramiento de las condiciones de vida y de trabajo y del nivel de salud y educación de los pueblos interesados, con su participación y cooperación, deberá ser prioritario en los planes de desarrollo económico global de las regiones donde habitan. Los proyectos especiales de desarrollo para estas regiones deberán también elaborarse de modo que promuevan dicho mejoramiento.
3. Los gobiernos deberán velar por que, siempre que haya lugar, se efectúen estudios, en cooperación con los pueblos interesados, a fin de evaluar la incidencia social, espiritual y cultural sobre el medio ambiente que las actividades de desarrollo previstas puedan tener sobre esos pueblos. Los resultados de estos estudios deberán ser considerados como criterios fundamentales para la ejecución de las actividades mencionadas.
4. Los gobiernos deberán tomar medidas, en cooperación con los pueblos interesados, para proteger y preservar el medio ambiente de los territorios que habitan.

Este artículo se refiere al desarrollo que, en el derecho internacional de los derechos humanos, es un derecho humano fundamental. Es en la implementación de las políticas gubernamentales, con respecto al desarrollo, cuando se producen enormes contradicciones, manifiestas imposiciones y graves atropellos a los pueblos y a las comunidades indígenas, principalmente en lo que se refiere a sus tierras, territorios, lugares sagrados o ceremoniales, culturas y medio ambiente. El desarrollo, aplicado o impuesto por los estados se expresa a través de “proyectos” que, en algunos casos, niegan la existencia física y cultural de los pueblos indígenas, los expulsan de sus tierras, destruyen sus ecosistemas, saquean sus recursos naturales, dañan la diversidad biológica de sus territorios, desbaratan, violan, niegan y/o desacralizan sus sitios ceremoniales o sagrados, y contaminan el medio ambiente. Todo indica que el desarrollo a que se refiere el artículo es aquel desarrollo para los pueblos indígenas impulsado, centralmente, por los estados, y también aplicado a los mega-proyectos que, regularmente, llevan el pomposo nombre de “proyectos de desarrollo de interés nacional”.

El primer párrafo del artículo pretende poner fin a las prácticas, visiones, concepciones y opciones estatales del desarrollo y, para ello, propone medidas y/o abre la puerta a discusiones que nos parecen indispensables porque: a) Establece para los pueblos indígenas la posibilidad o libertad de “decidir sus propias prioridades en lo que atañe al proceso de desarrollo” y pronunciarse con respecto a proyectos que afecten “sus vidas, creencias, instituciones y bienestar espiritual y a las tierras que ocupan o utilizan de alguna manera”. Se debe notar que el párrafo se refiere “a las tierras que [los pueblos indígenas] ocupan o utilizan de alguna manera”. No se refiere, exclusivamente, a aquellas a propósito de las cuales tengan o posean títulos de propiedad o se encuentren reconocidas como tierras indígenas. Aquí el instrumento parte de la base que no todas las tierras de los pueblos indígenas del mundo están reconocidas legalmente o que no todos los pueblos poseen documentos, tratados o acuerdos que definan o delimiten la propiedad o atestigüen la posesión de las tierras donde, hoy, viven. b) Precisa que los pueblos indígenas tienen el derecho “a controlar, en la medida de lo posible, su propio desarrollo económico, social y cultural”; va de suyo que “la medida de lo posible” puede dificultar la implementación, pero, aquí se debe recurrir, necesariamente, a la buena fe y a las, indispensables, consultas. c) Especifica que los pueblos indígenas “deberán participar” en todo el proceso de desarrollo, es decir, “en la formulación, aplicación y evaluación” tanto de los planes como de la implementación de los proyectos que afectan, directamente, sus tierras.

El segundo párrafo, por su parte, fija objetivos prioritarios al desarrollo, estos es, “el mejoramiento de las condiciones de vida y de trabajo y del nivel de salud y de educación” de los pueblos indígenas, y precisa que debe hacerse con su “participación y cooperación”. Con respecto a “los proyectos especiales” que menciona la segunda parte del párrafo (para los cuales, indica que deberán tener las mismas prioridades), pareciera ser que se refiere a los proyectos que los propios pueblos indígenas elaboren. Con este párrafo queda abierta la posibilidad de una rica (y se supone, constructiva) discusión sobre las dimensiones filosóficas que conllevan los términos “vida” y “trabajo” para los pueblos indígenas y, también, para debatir sobre el espacio que tendrán (o deben tener) tanto la salud como la educación indígenas en los programas de desarrollo.

El tercer párrafo en tanto dispone que los estados, en cooperación con los pueblos indígenas, realicen estudios socio-ambientales de impacto del o de los proyectos de desarrollo que se pre-

tendan llevar a cabo en tierras indígenas o que puedan afectarlas directamente. El párrafo precisa que el objetivo de estos estudios es “evaluar la incidencia social, espiritual y cultural y sobre el medio ambiente” que el o los proyectos pudieran tener para los pueblos o comunidades indígenas. También, en su parte final, precisa que los resultados de los estudios de impacto socio-ambiental de los proyectos de desarrollo “deberán ser considerados como criterios fundamentales” para decidir si el o los proyectos se implementan o no.

Finalmente, el cuarto párrafo señala que los estados, en “cooperación” (que, en este caso, debe entenderse como consulta, consentimiento y participación, además de cooperación en su sentido estricto) con los pueblos indígenas, “deberán tomar medidas para proteger y preservar el medio ambiente de los territorios que habitan”. Este párrafo debe leerse conjuntamente con el párrafo 1 del artículo 4; también se debe notar que aquí es la primera vez que el Convenio 169 utiliza el término “territorios”.

Algunas consideraciones a propósito de tierras y territorios

Si el artículo 6 ha sido definido como “la piedra angular” del Convenio 169, los artículos 13 al 19 (Parte II) deberían definirse como “el alma” de este tratado, porque la tierra es la base de la existencia física y cultural de los pueblos indígenas. Todos los estudios a propósito de la concepción indígena de la tierra coinciden en afirmar que se trata de una relación sacra que se resume en “la Madre Tierra”. Es con respecto a tierras y territorios (y los recursos materiales y espirituales que estos contienen) donde las concepciones indígenas (jurídicas y filosóficas) a propósito de la propiedad, la posesión, el uso (y por cierto el abuso), la relación y el carácter, se enfrentan a las concepciones estatales (generalmente, designadas como “occidentales”). Haciendo una reducción, se puede decir que los pueblos indígenas viven en, de, con, por y para sus tierras.

Con respecto a la no-discriminación de los artículos en comento, se puede decir que tienen dimensiones reparadoras, preventivas y protectoras, pues posibilitan la recuperación de tierras, protegen tierras y territorios, y entregan elementos para solucionar una fuente de conflictos. La negación del derecho a las tierras y territorios y la concepción que los pueblos indígenas tienen de éstos, son actos discriminatorios graves.

Palabras finales

Sin pretender elaborar una conclusión (ni mucho menos, cerrar la discusión), desde nuestro punto de vista, el Convenio 169 es un tratado contra la discriminación que afecta a los pueblos indígenas. Ello, puesto a que, en términos generales, 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 reconocidos internacionalmente, 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). ○

Notas

- 1 Presidente del Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial (CERD), ex director de Derechos Humanos del Ministerio de Relaciones Exteriores de Guatemala (2008-2013), consultor de la Vicepresidencia de la República de Guatemala en el tema de Derechos de los Pueblos Indígenas y los compromisos del Estado en dicha materia a nivel internacional (2007-2008), comisionado presidencial en contra de la Discriminación y Racismo contra los Pueblos Indígenas en Guatemala (2003-2006), coordinador del Área de Derechos de los Pueblos Indígenas del Centro para la Acción Legal en Derechos Humanos -CALDH- (1995-2003).
- 2 Si se comparan los textos de ambos convenios, se puede observar que fue algo más que una "revisión parcial", porque se cambió "el alma" (la integración, que desembocaba en asimilación) del tratado que se revisó.
- 3 Este tratado, adoptado por la Conferencia Internacional del Trabajo en 1957, va acompañado de la Recomendación N°104 que tiene el mismo título.
- 4 OIT, "Convenio N° 169 sobre pueblos indígenas y tribales: Un manual", OIT, p. 4.
- 5 *Ibidem*, 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 tribales, 1957 (N°107)" 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, Relator 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 es-

- tablecer 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.
 - 20 Con respecto a las “disposiciones medulares”, aquí utilizamos un concepto usado por una organización indígena mexicana (ANIPA) en una reclamación que presentó a la OIT; dicha organización precisa que –según ella– las disposiciones medulares del Convenio 169 son todas aquellas contenidas en los artículos 1 al 35 (ambos inclusive), es decir, solo se exceptúan los artículos 36 al 44 (ambos inclusive) de la Parte X (Disposiciones finales) y todos los párrafos del preámbulo.
 - 21 Ibarra, Mario, www.tiroalblanco.cl (2013/11/12).
 - 22 Además, debe considerarse que son numerosos los llamados que ha hecho el CERD a los Estados para que ratifiquen el Convenio 169; así mismo lo han hecho los Comités de los Pactos internacionales de derechos humanos y el Comité de derechos del niño (CDN).
 - 23 OIT (2013). *Comprender el Convenio sobre pueblos indígenas y tribales, 1989 (núm. 169)*, (Manual para los mandantes tripartitos de la OIT), pp. 9 y 10
 - 24 *Ibidem*, p. 10.
 - 25 En 1989, en la redacción de dicha Convención había un debate para saber si la categoría “indígenas” era diferente a “personas pertenecientes a minorías”. La adopción del Convenio 169, el 7 de junio de 1989, permitió una clara diferenciación y es, además, la primera vez que en un tratado internacional de derechos humanos se establece la diferencia entre “minorías” e “indígenas”.
 - 26 Pesamos que los siguientes documentos entregan importantísimos elementos para la implementación del Convenio 169: a) “Directrices sobre la gobernanza responsable de la tenencia de la tierra, la pesca y los bosques en el contexto de la seguridad alimentaria” (FAO, 2012); y b) “Directrices Akwe:kon, Directrices voluntarias para realizar las evaluaciones que hayan de realizarse en lugares sagrados o en tierras o en aguas ocupadas o utilizadas tradicionalmente por las comunidades indígenas y locales o que puedan afectar esos lugares” (CDB, 2004).

- 27 Ver: "Aplicación del C.169 de la OIT por tribunales nacionales e internacionales en América Latina", (Una recopilación de casos), OIT, 2009.
- 28 A propósito del Convenio 111, puede verse: "Eliminación de la discriminación de los pueblos indígenas y tribales en materia de empleo y ocupación", (Guía sobre el C.111 de la OIT), OIT, 2007.
- 29 Por razones de espacio, centraremos nuestro intento de análisis en los artículos 2,3, 6 y 7 y haremos referencias generales a los asuntos referidos a administración de justicia y a tierras y territorios.
- 30 Es bastante discutible la utilización de la palabra "erosión", porque, algunos estudios e informes (además de libros y testimonios directos), nos indican que, en ese momento, se configuraba, en todo el continente, un cuadro de graves, sistemáticas y reiteradas violaciones de los derechos de los pueblos, las comunidades y las personas indígenas. Al menos, se configuraba el delito de "etnocidio", tal cual lo había definido la UNESCO.
- 31 UNICEF, Manuel d'application de la Convention relative aux droits de l'enfant, UNICEF, 1998, p. 21.
- 32 Resolución 1994/45.
- 33 Al parecer, algunos sistemas jurídicos indígenas tienen "serios encuentros" con el derecho internacional de los derechos humanos, en particular referidos a los derechos de las mujeres; a este propósito se ha escrito que "organizaciones de mujeres indígenas, advierten que sus sociedades arrastran o tienen comportamientos que les limitan sus derechos y, al mismo tiempo, lastran las luchas que, como pueblos, están dando". (IBARRA, Mario, www.tiroalblanco.cl (2010/11/04).
- 34 Dado lo que está planteando el artículo, es bastante difícil imaginar un "obstáculo" que –por acción u omisión– no sea un acto discriminatorio.
- 35 Al no estar explicado en el texto, se debe suponer que el término "coerción" debe entenderse en el siguiente sentido: "Coerción: acción de coacer. Coacer: contener, refrenar, sujetar. Coerción: Acción de reprimir por la fuerza". (Diccionario de la lengua española, RAE 2012).
- 36 OIT, (2013). *Comprender el Convenio sobre pueblos indígenas y tribales, 1989 (núm.169)*, (Manual para los mandantes tripartitos de la OIT), p. 12.
- 37 *Ibidem*, pp. 12 y 13.
- 38 A nuestro entender, las "instituciones representativas" pueden ser de dos tipos: a) las instituciones tradicionales (comunitarias, clánicas, entre otras) y b) aquellas que los pueblos indígenas decidan o creen libremente para que los representen (de manera permanente o coyuntural).
- 39 Se notará que el instrumento en ninguna parte se refiere a las medidas legislativas o administrativas que "indirectamente" afecten o que puedan afectar a los pueblos indígenas. Dejamos constancia de nuestra sospecha de que existen medidas o políticas que –indirectamente– afectan asuntos sustanciales de la vida de los pueblos indígenas.
- 40 Lo ideal sería que tanto el acuerdo logrado como el consentimiento dado fueran objeto de un documento escrito (traducido a la lengua oficial del país o a la lengua indígena) para evitar, dentro de lo posible, problemas en el futuro. Además se debe considerar que todo contrato o acuerdo es una convención (entendida como ajuste o concierto entre dos o más personas o entidades) basada en el consentimiento; para que la convención sea válida, es preciso que el consentimiento sea verdadero; si el consentimiento está viciado porque una de las partes lo ha arrebatado u obtenido por vía violenta, sorpresa, engaño o dolo, la convención es nula.
- 41 Las Directrices citadas en la nota 26, entregan importantísimas orientaciones para la implementación del artículo 6 del Convenio 169.

Bibliografía

- CDB (2004):** *Directrices Akwe:kon, Directrices voluntarias para realizar las evaluaciones que hayan de realizarse en lugares sagrados o en tierras o en aguas ocupadas o utilizadas tradicionalmente por las comunidades indígenas y locales o que puedan afectar esos lugares.* Montreal, Canadá: CDB.
- FAO (2012):** *Directrices sobre la gobernanza responsable de la tenencia de la tierra, la pesca y los bosques en el contexto de la seguridad alimentaria.* Ginebra.
- Gregor Barié, Cletus:** *Pueblos indígenas y derechos constitucionales en América Latina: un panorama.* Bolivia, Abyayala.
- Ibarra, Mario (2007):** "Notas sobre algunos instrumentos, documentos y actividades internacionales para una discusión e implementación del derecho de libre determinación de los pueblos indígenas (ensayo). Guatemala: Mayagráfica.
- Ibarra, Mario:** disponible en www.tiroalblanco.cl
- Martínez Cobo, José R.:** *Estudio del problema de la discriminación contra las poblaciones indígenas*, Relator 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. Ginebra: ONU.

- OIT (1953):** *Poblaciones indígenas: condiciones de vida y de trabajo de los pueblos autóctonos de los países independientes*. Ginebra.
- (1986):** *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. Ginebra.
- (1988a)** *Actas provisionales (N° 32)*, Septuagésima quinta reunión de la OIT. Ginebra.
- (1988b)** *Revisión parcial del Convenio sobre poblaciones indígenas y tribales, 1957 (N° 107)*, Informe VI (1). Ginebra.
- (1988c)** *Revisión parcial del Convenio sobre poblaciones indígenas y tribales, 1957 (N° 107)*, Informe VI (2). Ginebra.
- (1989a)** *Actas provisionales (N° 25)*, Septuagésima sexta reunión de la OIT. Ginebra: Autor.
- (1989b)** *Revisión parcial del Convenio sobre poblaciones indígenas y tribales, 1957 (N° 107)*, Informe IV (1). Ginebra.
- (1989c)** *Revisión parcial del Convenio sobre poblaciones indígenas y tribales, 1957 (N° 107)*, Informe IV (2A). Ginebra.
- (1989d)** *Revisión parcial del Convenio sobre poblaciones indígenas y tribales, 1957 (N° 107)*, Informe IV (2B). Ginebra.
- (2003)** *Convenio Número 169 sobre pueblos indígenas y tribales: Un manual*. Ginebra: Autor.
- (2007)** *Eliminación de la discriminación de los pueblos indígenas y tribales en materia de empleo y ocupación*, Guía sobre el C.111 de la OIT. Ginebra.
- (2009)** *Aplicación del C.169 de la OIT por tribunales nacionales e internacionales en América Latina (Una recopilación de casos)*. Ginebra.
- (2013)** *Comprender el Convenio sobre Pueblos indígenas y tribales, 1989 (núm.169)*. (Manual para los mandantes tripartitos de la OIT). Ginebra.
- ONU (1981):** "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.
- ONU (1982, 1983, 1984 y 1985):** *Informes del GTPI*. En documentos 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. Ginebra: GTPI-ONU.
- UNICEF (1998):** *Manuel d'application de la Convention relative aux droits de l'enfant*. Ginebra.

Los derechos de los pueblos indígenas sobre la tierra y el territorio en América Latina y el Convenio 169 de la OIT

José Aylwin¹

Introducción

En este artículo nos referiremos al impacto del Convenio 169 de la OIT en los derechos de los pueblos indígenas a la tierra y al territorio en América Latina. Tales derechos están reconocidos en los artículos 13 a 16 de este convenio internacional. Así, el artículo 13.1 establece el deber de los gobiernos de “[...] 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”. El artículo 14 reconoce los derechos de propiedad y posesión sobre las tierras que tradicionalmente ocupan.² El artículo 15 se refiere a los derechos de los pueblos indígenas sobre los recursos naturales existentes en sus tierras, los que junto con protegerse especialmente comprenden “el derecho de esos pueblos a participar en la utilización, administración y conservación de dichos recursos” (artículo 15.1). En caso de recursos del subsuelo o de otros recursos existentes en tierras indígenas de propiedad del Estado, el Convenio aclara que los gobiernos deben “establecer o mantener procedimientos con miras a consultar a los pueblos interesados, a fin de determinar si los intereses de esos pueblos serían perjudicados [...] antes de emprender o autorizar cualquier programa de prospección o explotación de los recursos existentes en sus tierras” (artículo 15.2). Agrega que “los pueblos interesados deberán participar siempre que sea posible en los beneficios que reporten tales actividades, y percibir una indemnización equitativa por cualquier daño que puedan sufrir como resultado de esas actividades” (artículo 15.3).

Finalmente, el artículo 16 establece el principio de que “los pueblos interesados no deberán ser trasladados de las tierras que ocupan” (artículo 16.1). Cuando excepcionalmente el traslado de estos pueblos se considere necesario, “sólo deberán efectuarse con su consentimiento, dado libremente y con pleno conocimiento de causa” (artículo 16.2). Cabe destacar que en estos últimos dos artículos (15 y 16, no así en el caso del artículo 14), el Convenio aclara que cuando se refiere al concepto de tierras, este se hace extensivo al de territorio “lo que cubre la totalidad del hábitat de las regiones que los pueblos interesados ocupan o utilizan de alguna otra manera” (artículo 13.2).

Situación de los pueblos indígenas antes de la aprobación del Convenio

A la época de la aprobación del Convenio 169, se mantenían en la región los procesos de despojo de las tierras y territorios indígenas verificados desde el período colonial, y a lo largo del período republicano. Ellos se expresaban en el avance de las fronteras agrícolas y de los procesos extractivos hacia los territorios indígenas, particularmente –aunque no exclusivamente– en los países de la cuenca amazónica. También se evidenciaba en la ineficacia de las reformas agrarias impulsadas en la mayor parte de los estados de la región durante el siglo XX para dar reconocimiento y protección específica a las tierras y territorios indígenas. (Aylwin, 2002). En cuanto al plano jurídico, la mayor parte de los estados de la región –a excepción de Guatemala (1985), Nicaragua (1987) y Brasil (1988) cuyas constituciones reconocían y protegían las tierras indígenas– no contaba con una protección jurídica de los derechos de estos pueblos sobre sus tierras y territorios. De especial importancia en este sentido es el caso de Brasil, cuya Constitución Política (CP) de 1988 reconoció el derecho originario de los pueblos indígenas sobre las tierras de ocupación tradicional, así como el usufructo exclusivo sobre los recursos naturales que hay en ellas, tierras que aunque consideradas como de propiedad de la Unión (el Estado Federal), el Estado debía demarcar y proteger a favor de los indígenas (artículo 231).

Las implicancias de la aprobación del Convenio 169 en América Latina

América Latina ha sido la región del mundo donde el impacto del Convenio 169 ha sido mayor. Ello se expresa de múltiples maneras. Primero, es la región donde existen más estados que han ratificado el Convenio –15 estados, del total de 22 a nivel global–. Junto a ello, el Convenio 169 incidió de manera determinante en los reconocimientos de derechos indígenas verificados en la mayor parte de los estados de la región a contar de su aprobación. En efecto, a contar de los noventa, y bajo la clara influencia del Convenio 169, se verificó lo que algunos analistas (Yrigoyen, 2011) han identificado como el segundo ciclo de reformas constitucionales referidas a los pueblos indígenas.³ Tales reformas, debe señalarse, fueron consecuencia de procesos de movilización indígena de gran envergadura, como los paros impulsados en Ecuador por la Confederación de Nacionalidades Indígenas del Ecuador (CONAIE) a contar de inicios de los noventa; la primera marcha indígena “por el territorio y la dignidad” de los pueblos indígenas de Bolivia, en el mismo período; o el alzamiento zapatista de Chiapas en México en 1994.

En este segundo ciclo de reformas, que dio origen a lo que algunos han llamado el constitucionalismo multicultural (Burguete 2008), los derechos de estos pueblos a la tierra y/o a los territorios fueron reconocidos por diversas constituciones. Así Argentina (1994) reconoció en su Constitución a los pueblos indígenas derechos de propiedad y posesión comunitaria sobre las tierras que tradicionalmente ocupan. Bolivia (1994), Colombia (1991) y Ecuador (1994 y 1998) reconocieron en sus textos constitucionales derechos a la demarcación, saneamiento y titulación sobre sus territorios comunitarios, estableciendo su protección como derechos inalienables y/o indivisibles, así

como también los derechos de usufructo sobre los recursos naturales existentes en ellos. La protección y la participación de las comunidades indígenas frente a la explotación de recursos naturales en territorios indígenas fue establecida en la Constitución de Colombia. Igualmente, y relacionado con el control indígena de sus territorios de ocupación ancestral, derechos de autonomía o autogobierno de los pueblos indígenas fueron reconocidos en la misma carta fundamental colombiana (1991) –a través de las figuras de los resguardos y de las entidades territoriales indígenas– y en México (2001), mediante la elección a través de sus normas de autoridades para el gobierno interno, como lo había sido establecido previamente por Nicaragua en 1987.⁴

A pesar de los avances que significó el constitucionalismo multicultural de los noventa al brindar un reconocimiento formal a los pueblos indígenas, este vino a legitimar políticas económicas liberales y privatizadoras impulsadas en el contexto del consenso de Washington, que impactaron adversamente a los pueblos indígenas. Ello determinó la existencia de una brecha de implementación de los ordenamientos constitucionales (Stavenhagen, 2006), la que se manifestó, entre otros aspectos, en la distancia entre las disposiciones constitucionales y la norma legal y reglamentaria vigentes; la ausencia de mecanismos para hacer exigibles los derechos reconocidos constitucionalmente; y en la falta de recursos o de voluntad para impulsar políticas públicas para hacerlos efectivos. Las implicancias de dicha brecha de implementación para los derechos territoriales indígenas, en un contexto de globalización económica, fueron graves. Así, en muchos contextos de la región se consolidaron proyectos de inversión en tierras y territorios ancestrales de los pueblos indígenas, sin procesos de consulta y participación en los beneficios que generan. En tanto que la protesta indígena fue perseguida en diversos estados. (*Ibid*)

Los derechos de los pueblos indígenas sobre sus tierras, territorios y recursos naturales, fueron parte central del debate en los procesos constituyentes verificados en Ecuador y Bolivia, con activa participación indígena, los que concluyeron con las nuevas constituciones aprobadas en ambos contextos (2008 y 2009 respectivamente), en lo que Yrigoyen (2011) reconoce como el tercer ciclo de reforma del Estado en la región en relación con los pueblos indígenas. Dichas constituciones, que reconocen el carácter plurinacional e intercultural de estos estados, se vieron influenciadas no solo por el Convenio 169, sino también por la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas (en adelante la Declaración), aprobada por la Asamblea General de esta entidad el 2007.⁵

De este modo, en materia de derechos territoriales la Constitución Política de Ecuador reconoció el derecho de estos pueblos a conservar la propiedad de sus tierras comunitarias, “a mantener la posesión de las tierras y territorios ancestrales y obtener su adjudicación gratuita”, y “a participar en el uso, usufructo, administración y conservación de los recursos naturales renovables”. También estableció derechos de consulta previa, libre e informada frente a la exploración y explotación de dichos recursos, y a la participación en los beneficios de su explotación (artículo 57). También relevante, es el reconocimiento de las formas de autoridad indígena al interior de sus territorios legales o de propiedad ancestral (artículo 57.9) y del derecho de los pueblos indígenas a conformar circunscripciones territoriales para la preservación de sus culturas (artículo 60).

La Constitución Política de Bolivia, en tanto, reconoció a los pueblos indígenas el derecho al “*dominio ancestral de sus territorios*”, y el derecho que estos tienen a la libre determinación (artí-

culo 2). Igualmente La CP boliviana reconoce a los pueblos indígenas originarios campesinos (PIOC) en su artículo 30, entre otros derechos, los relativos: “4. A la libre determinación y territorialidad;[...] 6. A la titulación colectiva de tierras y territorios;[...]. 15. A ser consultados mediante procedimientos apropiados, y en particular a través de sus instituciones, cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles. En este marco, se respetará y garantizará el derecho a la consulta previa obligatoria, realizada por el Estado, de buena fe y concertada, respecto a la explotación de los recursos naturales no renovables en el territorio que habitan; 16. A la participación en los beneficios de la explotación de los recursos naturales en sus territorios; 17. A la gestión territorial indígena autónoma, y al uso y aprovechamiento exclusivo de los recursos naturales renovables existentes en su territorio sin perjuicio de los derechos legítimamente adquiridos por tercero”.

En su artículo 394 (III) dicha CP reconoce además la propiedad comunitaria o colectiva, que comprende el territorio indígena originario campesino (TIOC), de las comunidades interculturales originarias y de las comunidades campesinas. Esta propiedad es declarada indivisible, imprescriptible, inembargable, inalienable y exenta de impuestos. A ello agrega derechos de la “autonomía indígena originaria campesina”, reconociendo como también se detallara más adelante, que éstas pueden ser constituidas por territorios, los municipios y las regiones territoriales, todas ellas indígenas, originarias o campesinas (artículos 290-292).

Las directrices internacionales sobre derechos territoriales indígenas y sus implicancias en la región

En los últimos años los derechos a la tierra, al territorio y a los recursos naturales de los pueblos indígenas en la región han encontrado una importante protección en el contexto de las reclamaciones ante instancias de tratados que éstos han interpuesto con oportunidad de la vulneración o amenaza de los mismos. Es en este contexto que la propia OIT, a través de su Comité de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones (CEACR), ha definido el alcance de los derechos de los pueblos indígenas sobre las tierras de ocupación tradicional reconocidos en el artículo 14 del Convenio 169, señalando en forma reiterada que los derechos de propiedad y posesión de que trata dicho artículo 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, así como del deber de los estados de garantizar y proteger dicha propiedad.⁶

De especial importancia a nivel regional, ha sido la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante Corte IDH), la que ha reconocido la existencia de un *corpus juris* de los derechos humanos aplicables a pueblos indígenas conformado por un conjunto de normas de derechos humanos que establecen protección especial a los miembros de las comunidades indígenas, contenidas en los instrumentos internacionales que les conciernen, los que incluyen por cierto el Convenio 169.⁷ Basado en este *corpus juris*, la Corte IDH ha hecho una interpretación evolutiva del derecho de propiedad privada consagrado por la Declaración Americana de

los Derechos y Deberes del Hombre y de la Convención Americana de Derechos Humanos para aplicarlo a casos de reclamación de propiedad comunal indígena. Así, en el caso *Awás Tingni vs. Nicaragua* (2001) la Corte IDH reconoció, a la luz del artículo 21 de la Convención Americana, la propiedad comunal de los pueblos indígenas sobre la tierra.⁸ Asimismo, reconoció la validez de la posesión de la tierra basada en la costumbre indígena, aún a falta de título, como fundamento de su propiedad sobre ellas, y la necesidad de que la estrecha relación que los indígenas tienen con sus tierras sea reconocida y comprendida como la base fundamental de sus culturas, su vida espiritual, su integridad y su supervivencia económica.⁹

En años posteriores la Corte IDH ratificó su interpretación sobre la materia, al reconocer los derechos de carácter comunal sobre sus tierras ancestrales a las comunidades de Yakye Axa y Sawhoyamaka en Paraguay.¹⁰ A diferencia del caso *Awás Tingni*, en que las tierras reclamadas por los indígenas estaban en poder del Estado, en ambos casos señalados ella era detenida por propietarios privados que las habían adquirido. No obstante aquello, y tomando en cuenta las implicancias que estas tierras tienen para las culturas y supervivencia de estos pueblos, la Corte IDH estableció la necesidad de restringir la propiedad privada de los particulares para el logro del objetivo colectivo de preservar las identidades culturales, siempre que se pague una justa indemnización a los perjudicados de conformidad con el artículo 21.2 de la Convención.¹¹ Igualmente relevante, es que la Corte IDH se pronunció sobre la persistencia en el tiempo de los derechos de propiedad sobre las tierras ancestrales de pueblos indígenas cuando éstos hubiesen perdido la posesión sobre las mismas. Al respecto, en su sentencia en el caso *Sawhoyamaka vs. Paraguay*, la Corte IDH sostuvo que el derecho a la reivindicación de las tierras de propiedad ancestral reclamadas por los pueblos indígenas no se extinguía mientras estas mantuviesen su relación con dichas tierras, fuese esta material o espiritual.¹² La misma Corte IDH concluyó el 2007, en el caso del pueblo *Saramaka vs. Surinam*, que los pueblos indígenas, siempre al amparo del artículo 21 de la Convención Americana, tienen derecho a usar y gozar de los recursos naturales que se encuentren en las tierras ancestrales que tradicionalmente ocupan y que son necesarios para su propia supervivencia, desarrollo y continuidad de su estilo de vida. La Corte IDH se pronuncia, además, de manera expresa en relación con los planes de desarrollo o inversión de gran escala que provocan impacto mayor en los territorios de este pueblo, sosteniendo, en una interpretación progresiva, que los estados tienen la obligación no solo de consultarlos de manera apropiada,¹³ sino también de obtener su consentimiento libre, previo e informado, según sus costumbres y tradiciones.¹⁴

Desarrollo legislativo, políticas públicas y derechos territoriales indígenas en América Latina

Resulta difícil dar una visión comprensiva regional relativa al desarrollo jurídico legislativo y reglamentario de los derechos de los pueblos indígenas sobre sus tierras y territorios, así como de las políticas públicas impulsadas –o no– por los estados para hacerlos efectivos. A efecto de ilustrar las tendencias prevalentes en la materia en la región, y las implicancias que en éstas ha tenido el Convenio 169, analizaremos el caso de algunos estados:

Bolivia

En el caso de Bolivia, país que cuenta con una de las demografías indígenas más relevantes de la región (sobre el 60%), la política de identificación, saneamiento y titulación de territorios indígenas tiene sus antecedentes en el Convenio 169 de la OIT (Ley N° 1257/91) y la Constitución Política de 1994. Esta última reconoció sus "*tierras comunitarias de origen*" (TCO), así como el uso y aprovechamiento indígena de los recursos naturales (art. 171 I). Sobre la base de esta figura, entendida como territorios indígenas a la luz de la definición del Convenio 169, y a la Ley del Servicio Nacional de Reforma Agraria (Ley INRA N° 1715) de 1996, se impulsó desde entonces un proceso de saneamiento colectivo de tierras en favor de pueblos indígenas. De acuerdo a antecedentes del INRA, entre 1996 y 2009 fueron saneadas 149 TCO con una superficie total de 15.5 millones de hectáreas, que constituyen el 41.2% de la superficie saneada y titulada en el país, las que en total suman 37.7 millones de hectáreas. (Chumacero, en Chumacero coord., 2010).¹⁵ Las tierras hoy reconocidas como TIOC (territorio indígena originario campesino) al amparo de la CP de 2009, corresponden en su mayor parte a aquellas consideradas por el Estado como fiscales, en las que los pueblos indígenas tienen ocupación y propiedad ancestral. Parte significativa de estas TIOC saneadas y tituladas corresponde a tierras bajas en el Chaco y Amazonía de Bolivia (53% del total de las tierras saneadas o tituladas), en contraste con aquellas localizadas en tierras altas en la zona andina, donde el avance es mucho menor. (Ibid).

La falta de recursos destinados al saneamiento territorial —la gran mayoría de ellos de cooperación internacional— y su obstaculización por parte de sectores no indígenas que alegan derechos propietarios en tierras indígenas, son algunos de los problemas que han encontrado los pueblos indígenas en el reconocimiento de los derechos de propiedad ancestral de sus tierras mediante el mecanismo de la TCO, hoy TIOC. Como consecuencia de ello, las tierras reconocidas a indígenas a través de esta modalidad han sido bastante menores a las demandadas, y muchas comunidades perdieron continuidad territorial al verse fragmentadas por la presencia de terceros en su interior. Es así como hoy se estima que alrededor del 50% de las TCO de tierras bajas son discontinuas en distintas proporciones, lo que además de afectar el reconocimiento propietario, dificulta su gestión y el control territorial indígena sobre las mismas. (Salgado, en Chumacero coord., 2010). La demora en el proceso de saneamiento de TCO también se ha debido a la oposición de los intereses económicos vinculados a la explotación de recursos naturales existentes en las tierras reclamadas por los indígenas. En el caso de las tierras bajas, ello también fue consecuencia de la permanencia y consolidación en las áreas demandadas por los indígenas de empresas forestales de explotación de bosques tropicales, cuya actividad lesionaba abiertamente el derecho al uso y aprovechamiento sostenible exclusivo que la CP de 1994 y la Ley forestal de 2006 (N° 1700) aseguraban a los pueblos indígenas. Lo mismo ocurrió con las concesiones de hidrocarburos y mineras otorgadas por el Estado en su interior. A pesar del nuevo marco constitucional, se mantiene a la fecha la sobreposición de varias TCO, tanto en zonas altas como bajas, con áreas de manejo forestal e incluso con parques y áreas de reserva, así como con zonas de exploración y explotación minera y petrolera. (Chumacero, en Chumacero coord., 2010).

La ausencia de procesos de consulta previa de conformidad a los estándares del Convenio 169 frente a medidas administrativas que inciden en la explotación de recursos naturales u obras de infraestructura que impactan directamente a pueblos indígenas, ha sido también un obstáculo grave para garantizar el derecho de los pueblos indígenas al territorio y a sus recursos naturales. El caso del Territorio Indígena Parque Nacional Isiboro Secure (TIPNIS), que tiene status de territorio indígena y área protegida, y en el que el gobierno de Evo Morales ha propuesto la construcción de una carretera (Villa Turani- San Ignacio de Mojos) que lo atraviesa, abordado en detalle por Miguel Vargas y Ian Miranda en el análisis sobre el derecho a la consulta previa en esta publicación, ejemplifica la persistencia de esta crítica problemática hasta la fecha.

Por último, otro serio obstáculo al derecho al territorio ha sido la falta de autonomía de los pueblos indígenas para controlar los procesos políticos, económicos y culturales en el interior de estos espacios. Ello a pesar del reconocimiento de este derecho en la CP y de la dictación de la Ley Marco de Autonomías (N° 031) que establece la posibilidad de conformar dichas autonomías en los territorios indígenas (TIOC) de acuerdo a las normas y procedimientos de consulta y condiciones establecidos en la ley.¹⁶

Brasil

En el caso de Brasil, cuya población indígena ha sido estimada en 0,4% de la población total, desde la aprobación de la Constitución Federal de 1988 que, como se señalara, reconoce a los indios los “derechos originarios” sobre las tierras que tradicionalmente ocupan y establece la obligación de la Unión de demarcarlas, protegerlas y hacer respetar sus bienes (artículo 231),¹⁷ el Estado federal, a través de la Fundación Nacional del Indio (FUNAI), ha impulsado un proceso de identificación y demarcación de tierras indígenas de gran envergadura. Producto de este proceso, al 2011, las tierras indígenas en Brasil sumaban en total 672, ocupando una extensión de 110.387.058 hectáreas, representando el 13% de las tierras del país. De ellas, un total de 396 tierras, con 97.405.142 hectáreas, habían finalizado el proceso de demarcación, encontrándose inscritas como tales en los registros correspondientes. La mayor parte de estas tierras –409 con 108.720.018 hectáreas, que representaban el 21.67% del territorio amazónico y el 98.61% del total de tierras indígenas del país– se concentraban en la Amazonia Legal, área que comprende nueve estados amazónicos. En tanto que 288 de estas tierras indígenas, con un total de 96.336.190 hectáreas, se encontraban inscritas como tales en los registros correspondientes. (Instituto Socioambiental 2011).¹⁸

Uno de las limitaciones más graves del marco jurídico y de la política pública sobre tierras y recursos existentes en Brasil, es que ésta las considera como tierras de propiedad estatal y no indígena.¹⁹ Como advierte el Relator Especial Anaya en su informe sobre Brasil (2009), el reconocimiento por la Constitución Federal del carácter originario de las tierras indígenas implica que este derecho no emana del Estado y de sus actos de demarcación, sino que estos últimos constituyen un reconocimiento del mismo. Los compromisos asumidos por el Estado brasileño al ratificar el Convenio 169, y más tarde al adherir a la Declaración, deberían–a juicio del Relator Anaya– llevar a una interpretación de su normativa interna de modo de asegurar que los intereses propietarios del Estado sobre las

tierras indígenas operen solo como forma de protección pero no interfieran con el control indígena sobre las mismas, como hoy ocurre. A ello cabe agregar la desprotección en que se encuentran muchas de las tierras indígenas, que no obstante su demarcación, siguen siendo objeto de invasiones por hacendados, madereros, garimpeiros, empresas nacionales y transnacionales, interesados en explorar los recursos naturales que hay en ellas, o en su posesión. Tal situación afecta a muchos pueblos indígenas considerados aislados (*isolados*) o en aislamiento voluntario, los que son estimados en 70 que habitan la amazonía, a pesar de que muchos de ellos viven en tierras demarcadas, y de los esfuerzos de FUNAI por proteger dichas tierras y por mantener su aislamiento. (Anaya, Brasil, 2009). Otro caso crítico es el de Mato Grosso del Sur donde los guaraní han sido desposeídos de sus tierras ancestrales, y por lo mismo carecen hoy de tierras para asegurar su sobrevivencia material y cultural. Así, se estima que al 2008 el total de tierras de los guaraní alcanzaba a 50 mil hectáreas, alrededor de una hectárea por persona. (Aylwin, 2009). Los intentos indígenas de recuperar sus tierras ancestrales han incidido también en el incremento de la violencia de los latifundistas. Mientras que las tasas de homicidio de los guaraní son las más elevadas del país.

Un caso que ejemplifica las dificultades que enfrentan los pueblos indígenas en el control de sus territorios y recursos de propiedad ancestral es el de las comunidades indígenas de la cuenca del río Xingú, en Para, cuya integridad física y cultural se encuentra amenazada por la construcción por parte de Electronorte, una empresa pública, de la central hidroeléctrica Belo Monte. Como consecuencia de una medida cautelar planteada por la comunidad ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (en adelante Comisión IDH) para hacer valer sus derechos de consulta, ésta solicitó al Estado de Brasil suspender el proceso de licencia del proyecto de dicha central e impedir la realización de cualquier obra material hasta que se observen, entre otras condiciones; la realización de procesos de consulta “previa, libre, informada, de buena fe, culturalmente adecuada, y con el objetivo de llegar a un acuerdo, en relación con cada una de las comunidades indígenas afectadas, beneficiarias de las presentes medidas cautelares”; y la adopción de medidas para proteger la vida e integridad personal de los miembros de los pueblos indígenas en aislamiento voluntario de la cuenca del Xingú. Las presiones del gobierno de Brasil, sin embargo, llevaron en agosto de 2011 a la Comisión IDH a modificar esta medida cautelar dejando sin efecto aquella anteriormente otorgada, limitándose a solicitar a las autoridades información a Brasil sobre la situación de comunidades indígenas y campesinas afectadas por este proyecto. Ello da cuenta de las contradicciones de la política pública del Estado federal, el que no obstante haber ratificado el Convenio 169, haber desarrollado una política demarcatoria sin precedentes en la región, persiste en el desarrollo de políticas que evidentemente vulneran los derechos de pueblos indígenas a la tierra y al territorio reconocidos en este Convenio.

Colombia

Sobre la base de las disposiciones de la Constitución Política de 1991 que establece que “los resguardos son de propiedad colectiva y no enajenable” (artículo 329),²¹ y de la ley de Reforma Agraria (Ley N° 135 de 1961) que mandató al Instituto de Reforma Agraria a constituir resguardos

de tierras en beneficio de los indígenas que no las posean,²² el Estado colombiano ha impulsado en las últimas décadas un proceso de titulación de tierras indígenas de gran envergadura. De acuerdo al RE Anaya, al 2007 existían un total de 710 resguardos que ocupaban una extensión de 34 millones de hectáreas, equivalentes al 29.8% del territorio colombiano. (Anaya, Colombia, 2010).²³ Una parte relevante de estas tierras ha sido titulada a contar de la década de los noventa, luego de la aprobación de la nueva Constitución, la aprobación del Convenio 169, y su ratificación por Colombia mediante Ley N° 21 de 1991. Se trata de una cantidad de tierras bastante significativa si se tiene en consideración el porcentaje de población indígena (3% del total) de Colombia.

Al igual que en otros contextos de la región dicho proceso no ha estado exento de dificultades. Muchas tierras de ocupación tradicional indígena siguen sin ser tituladas. Al 2007 persistían reclamos de titulación de territorios indígenas formulados al Instituto Colombiano de Desarrollo Rural (INCODER) por 1.627.758 hectáreas, en los que viven al menos 380 mil indígenas. Ello en gran parte se debe al bajo presupuesto destinado a estos efectos, lo que contrasta con el incremento del valor de la tierra que el Estado debe adquirir para su dotación a pueblos indígenas. (Houghton 2008). El 79% de las tierras tituladas se concentran en la Amazonía y Orinoquia, donde viven 71 mil indígenas, que representan tan solo el 5% de la población indígena a nivel nacional. Ello en contraste con la zona andina donde vive parte más significativa de la población indígena. (ONIC, 2009).

También preocupante es la proliferación de proyectos de inversión destinados a la explotación de recursos naturales renovables –forestales– y no renovables –hidrocarburos y minería– en territorios indígenas, muchos de ellos sin procesos de consulta adecuados, y sin su participación en los beneficios, contraviniendo expresamente la normativa constitucional y los derechos reconocidos por el Convenio 169. (Houghton, 2008; ONIC, 2009). Tal como señala William Villa al analizar en este informe el derecho de los pueblos indígenas al desarrollo propio en Colombia, uno de los casos más emblemáticos es el de las concesiones para exploración petrolera otorgada por el estado colombiano a contar de 1992 sobre el territorio del pueblo u'wa. La delimitación y titulación de parte de su territorio ancestral en 1999 por el entonces INCORA, no ha impedido el otorgamiento de nuevas concesiones para exploración petrolífera en áreas de uso tradicional de esta comunidad. A contar del 2000 los u'wa fueron objeto de ataques militares para desalojar las áreas de exploración lo que los llevó el 2002 a interponer una demanda ante la Comisión IDH, cuya resolución (medida cautelar) en la materia fue determinante en la salida de la empresa Occidental del territorio u'wa. Ello no impidió, sin embargo, la extensión de las exploraciones en otras áreas del territorio u'wa por parte de otras empresas, sin procesos de consulta adecuados. (ONIC, 2009). Otro caso es el de la licencia para explotación de cobre y otros minerales asociados que el Estado colombiano otorgara a contar del 2005 a una compañía norteamericana (Muriel Mining Corporation) en tierras de resguardos indígenas embera, así como en tierras de comunidades afro colombianas. La minera se instaló en el territorio con apoyo del ejército el 2008 y 2009, a pesar de que las primeras faenas se ubican en un cerro sagrado de los embera. (Ibid).

Relacionado con ello, y como señala en este informe el artículo sobre consulta previa de Vargas y Miranda, los proyectos de inversión en tierras y territorios indígenas se han hecho sin procesos de consulta adecuados a los estándares establecidos en el Convenio 169. Ello llevó a los

pueblos indígenas a recurrir ante las cortes colombianas, en particular ante la Corte Constitucional de ese país, la que entre 1993 y 2006 falló 18 tutelas a favor de pueblos indígenas como consecuencia de violación del derecho al territorio por el desarrollo en ellos de proyectos de inversión sin procesos de consulta adecuados. (Anaya, 2010).

Finalmente, e igualmente preocupante para el ejercicio del derecho al territorio reconocido en el Convenio 169, ha sido la ausencia de una legislación que implemente las entidades territoriales reconocidas en la Constitución de 1991 como entes político-administrativos del Estado (artículo 286) y dotadas en la carta fundamental de autonomía para la gestión de sus intereses, dentro del marco legal y constitucional.²⁴ Tal como señala este autor en el análisis de los derechos políticos de pueblos indígenas en la región en este mismo informe, cabe valorar aquí también la jurisprudencia de la Corte Constitucional de este país, la que no obstante no existir esta legislación, ha reafirmado durante las últimas décadas el carácter autónomo de los resguardos frente al actuar del Estado, reconociendo a los pueblos indígenas el derecho a determinar a través de éstos sus propias instituciones y autoridades de gobierno, así como darse sus normas, costumbres y proyectos de vida.²⁵

Chile

Cabe referirse finalmente al caso de Chile, país con una importante demografía indígena (8% de la población total, según Casen, 2011), que no obstante no contar con un reconocimiento constitucional de los pueblos indígenas y sus derechos, ratificó el Convenio 169 el 2008. El marco jurídico sobre las tierras indígenas, además del Convenio, está dado por la Ley N° 19.253 de 1993. Dicha ley, junto con otorgar protección a las tierras indígenas de propiedad individual o colectiva indígena, declarándolas exentas de contribuciones, e inalienables, inembargables e imprescriptibles (art. 13), crea un Fondo de Tierras y Aguas Indígenas (FTAI) administrado por la Corporación Nacional de Desarrollo Indígena (CONADI). El FTAI tiene por objeto adquirir tierras para personas y comunidades indígenas que no dispongan de ellas, o tierras que hayan sido asignadas a indígenas por el Estado de las que hayan sido privados, así como financiar compra de derechos de agua (artículo 20). Los recursos del FTAI están compuestos por aquellos que cada año destina la ley de presupuesto, así como por las tierras, predios o propiedades que reciba del Estado (artículo 21).

De acuerdo a CONADI, el total de tierras “ampliadas” a indígenas través de este mecanismo entre 1994 y el 2010 alcanzó a 667 mil hectáreas. Un análisis más cuidadoso de estas cifras, sin embargo, lleva a una conclusión diferente. Aquellas tierras que constituyen una ampliación real de la superficie de tierras de propiedad indígena alcanzan solo a 27.240 hectáreas, las que corresponden a aquellas que fueron adquiridas a través de compras hechas por CONADI a los propietarios legales de las mismas a través de subsidios del artículo 20 a de la ley. Las 95.814 hectáreas adquiridas a través del mecanismo previsto en el artículo 20 b de la ley corresponden a restitución de tierras previamente reconocidas a indígenas por el Estado.²⁶ De las tierras restantes, en tanto, 306.735 hectáreas corresponden a lo que la Ley N° 19.253 considera traspaso de tierras fiscales, la gran mayoría en el territorio de los pueblos andinos en el norte del país, las que de acuerdo al

Convenio 169 constituyen lo que la OIT considera como tierras de ocupación tradicional de propiedad indígena. A su vez otras 235.382 hectáreas corresponden a tierras cuya propiedad ya había sido reconocida anteriormente por el Estado a indígenas (mapuche), pero que han sido saneadas o regularizadas por el FTAI a sus actuales ocupantes. (CONADI; Gobierno de Chile 2012).

Uno de los problemas de esta política ha sido la insuficiencia de los recursos asignados al FTAI para restituir a estos pueblos indígenas sus tierras de propiedad legal y/o ancestral de las que han sido privados. En efecto, entre 1994 y el 2009 se asignaron a este fondo US \$ 292 millones, aproximadamente US \$ 19 millones anuales, los que al 2007 correspondían a aproximadamente el 0.31% del presupuesto anual (2007). (Anaya, Chile, 2009). Ello no solo contraviene el artículo 2 del Convenio 169 cuando dispone que los gobiernos deberán desarrollar una acción coordinada y sistemática con miras a proteger los derechos de estos pueblos, sino que resultan absolutamente insuficientes para responder a las demandas de los pueblos indígenas, en particular los mapuche, por sus tierras de propiedad ancestral.²⁷ Por otro lado, y tal como lo señalara el Relator Anaya (2009), el mecanismo del FTAI no permite reivindicar las tierras que les han sido arrebatadas sin su consentimiento. La OIT, observando que este mecanismo no cumple con los estándares del Convenio en la materia, instó al Estado chileno a la adecuación de dicho mecanismo para reconocer a los pueblos indígenas los derechos de propiedad y posesión de la tierra de los artículos 13 y 14 del Convenio. (OIT 2013).

Otros problemas de esta política incluyen la titulación individual de las tierras adquiridas por el FTAI, lesionando con ello las formas de propiedad comunal indígena. A ello se suma el traslado de comunidades desde sus tierras de origen a otras nuevas ubicadas en lugares distantes, traslado que si bien es de carácter voluntario, genera fragmentación de comunidades tradicionales, afectando su identidad y organización. Estas verdaderas relocalizaciones a las que ha dado origen la aplicación del FTAI, en el caso mapuche alcanzaban al 2007 prácticamente un tercio de las tierras adquiridas. (González Karinna et al., 2007). Las tierras traspasadas a indígenas a través del FTAI, además, no aseguran la protección y control indígena sobre el territorio. En efecto, la ley 19.253 no reconoció a los pueblos indígenas derechos sobre el territorio. La legislación tampoco considera, salvo en el caso de las aguas de los pueblos andinos, procedimientos para hacer posible la restitución y/o el control de los pueblos indígenas sobre los recursos naturales existentes en sus tierras y territorios. Cabe destacar la jurisprudencia de la Corte Suprema que ha reconocido el derecho de los pueblos andinos a la propiedad de sus aguas de uso ancestral, sobre la base del Convenio 169.²⁸ Salvo esta excepción, los derechos sobre los recursos naturales en Chile están regulados por una legislación sectorial que permite la concesión y explotación por terceros de recursos naturales ubicados en sus tierras y territorios,²⁹ impidiendo el control indígena.

Finalmente, otro obstáculo a los derechos territoriales indígenas ha sido la ausencia de procesos de consulta de las medidas administrativas que les afectan directamente, en particular las relacionadas con la explotación de recursos naturales en sus tierras y territorios. La normativa hasta ahora dictada por el Estado para estos efectos luego de la ratificación del Convenio 169 –los Decretos N° 124 de 2009; y los Decretos N° 40 y N° 66 de 2012 y 2013 respectivamente– además de sus vicios de forma, toda vez que no fueron objeto de consulta adecuados a los pueblos indígenas con los pueblos indígenas, rebajan de diferentes maneras los estándares del Convenio 169,

cuestión que ha sido constatada por la OIT. Ello ha determinado un proceso de judicialización del derecho de consulta, que, salvo excepciones, ha resultado perjudicial para los intereses de los pueblos indígenas.

Reflexiones finales

El Convenio 169 ha tenido una gran incidencia en los avances verificados en el reconocimiento jurídico e implementación práctica de los derechos de los pueblos indígenas sobre sus tierras, territorios y recursos naturales en latinoamericana. El reconocimiento tanto constitucional como legal de estos derechos ha sido en gran medida la resultante de los procesos de ratificación del Convenio por la mayor parte los estados de la región. El Convenio también ha incidido de manera determinante en las políticas sectoriales impulsadas por la mayoría de los estados a objeto de identificar, demarcar, titular y proteger las tierras y territorios indígenas.

Sin embargo, no son pocos los obstáculos que la implementación efectiva de estos derechos ha enfrentado. La falta de financiación de los procesos de identificación, demarcación y/o titulación de tierras y territorios indígenas, los que en algunos casos han sido financiados con fondos de cooperación internacional (Bolivia y Brasil, entre otros), ha incidido en la demora de dichos procesos, permitiendo muchas veces la consolidación de intereses de particulares sobre ellas o su fragmentación. También preocupante ha sido la utilización de mecanismos de mercado (Chile y Colombia) para hacer frente a las reclamaciones de tierras y territorios de los pueblos indígenas, mecanismos que no siempre permiten la restitución de las tierras de ocupación tradicional indígena, como en el caso de Chile. La mantención de la propiedad estatal sobre las tierras de propiedad originaria de los pueblos indígenas, como en el caso de Brasil, también vulnera los derechos de propiedad y posesión indígena reconocidos en el Convenio 169.

Posiblemente la mayor limitación de las políticas públicas es que estas no han permitido a los pueblos indígenas el control efectivo sobre los recursos naturales que se encuentran en sus tierras y territorios, en particular los recursos del subsuelo, recursos que los estados de América Latina consideran les pertenecen. Ello, como hemos visto en todos los casos analizados, constituye una realidad crítica al interior de las tierras y territorios indígenas, aún de aquellas que han sido reconocidos y protegidos jurídicamente por los estados. En efecto, son frecuentes los proyectos de inversión extractivos de recursos naturales en tierras y territorios indígena impulsados sin procesos de consulta y consentimiento libre, previo e informado de estos pueblos, y sin su participación en los beneficios que ellos generan. Tales proyectos, como sabemos, resultan muchas veces en el desplazamiento de población, en la criminalización de la protesta social indígena (Brasil, Colombia, Chile, Perú y más recientemente Ecuador y Bolivia, según denuncias de los pueblos indígenas), y en la generación de graves impactos sociales y ambientales determinados por la pérdida de la base material para la sobrevivencia física y cultural de los pueblos indígenas.

Finalmente, otro evidente déficit de los estados ha sido el relacionado con el establecimiento de mecanismos adecuados para hacer efectivo el derecho que estos pueblos tienen a ser consultados de conformidad con los ordenamientos internos y a las directrices del derecho internacional

aplicables, en forma previa al desarrollo de medidas administrativas que inciden en proyectos de inversión, o que afecten sus tierras, territorios y recursos. En el contexto de los procesos de globalización económica en los que la mayoría de los estados hoy se inserta, esta es evidentemente una agenda pendiente, que debilita seriamente los derechos territoriales de los pueblos indígenas. ○

Notas

- 1 José Aylwin. Es abogado, magister en derecho en la Universidad de British Columbia, Canadá. Es Co Director del Observatorio Ciudadano, ONG de promoción y defensa de derechos humanos. Es profesor del curso de Derechos Indígenas en la Universidad Austral de Chile. Autor de diversas publicaciones sobre la temática de los derechos humanos, ciudadanía, y derechos de los pueblos indígenas en Chile y el exterior, varias de ellas publicadas por IWGIA, entidad de la que es colaborador. Desde el 2013 integra el Consejo del Instituto Nacional de Derechos Humanos de Chile.
- 2 El artículo 14 del Convenio 169 dispone: “1. Deberá reconocerse a los pueblos interesados el derecho de propiedad y de posesión sobre las tierras que tradicionalmente ocupan.[...] 2. Los gobiernos deberán tomar las medidas que sean necesarias para determinar las tierras que los pueblos interesados ocupan tradicionalmente y garantizar la protección efectiva de sus derechos de propiedad y posesión. 3. Deberán instituirse procedimientos adecuados en el marco del sistema jurídico nacional para solucionar las reivindicaciones de tierras formuladas por los pueblos interesados”.
- 3 El primero fue el verificado en los ochenta en forma previa a la aprobación del Convenio 169.
- 4 Ver sección de este autor referida a los Derechos políticos de los pueblos indígenas en América Latina; el impacto del Convenio 169.
- 5 Tal Declaración fue aprobada por el voto favorable de la totalidad de los estados de la región, con la sola abstención de Colombia, país que adhirió a ella el 2009.
- 6 Así frente a la reclamación en el caso de los huicholes de México por la restitución de sus tierras tradicionales entregada a grupos campesinos durante la reforma agraria, la CEACR señaló en su informe de 2009: “Si los pueblos indígenas no pudieran hacer valer la ocupación tradicional como fuente de derechos de propiedad y de posesión”, el artículo 14 del Convenio se vaciaría de contenido. “La Comisión es consciente de la complejidad de plasmar este principio en la legislación, así como de diseñar procedimientos adecuados, pero subraya al mismo tiempo que el reconocimiento de la ocupación tradicional como fuente de derechos de propiedad y posesión mediante un procedimiento adecuado, es la piedra angular sobre el que reposa el sistema de derechos sobre la tierra establecido por el Convenio. El concepto de ocupación tradicional puede ser reflejado de diferentes maneras en la legislación nacional pero debe ser aplicado”. Conferencia Internacional del Trabajo, CEACR, 2009, p. 742.
- 7 Corte IDH, Sentencia caso *Yakye Axa vs. Paraguay*, 2005, párr. 127.
- 8 Corte IDH, Sentencia caso *Awás Tingni vs. Nicaragua*, 2001, para. 148-149.
- 9 *Ibid.*, para. 151.
- 10 Corte IDH, Sentencia *Yakye Axa vs. Paraguay*, 2005; Corte IDH, Sentencia *Sawhoyamaka vs. Paraguay*, 2006. Más recientemente, en su sentencia en el caso de la *Comunidad Sanapaná de Xamok Kásek vs. Paraguay* (2010) la Corte IDH acogió el reclamo de esta comunidad por la violación del derecho de propiedad ancestral de carácter colectivo sobre la base del artículo 21 de la Convención Americana (además de la violación del derecho a la vida, la integridad personal, los derechos del niño, la protección judicial, la personalidad jurídica, entre otros.), condenando a este Estado a devolver al 2013 las 10.700 hectáreas reivindicadas por la comunidad.
- 11 Corte IDH, Sentencia caso *Yakye Axa vs. Paraguay*, 2005, para. 149.
- 12 Así la Corte sostiene que “mientras que esta relación exista, el derecho de reivindicación permanecerá vigente.” Corte IDH, Sentencia caso *Sawhoyamaka vs. Paraguay*, 2006, para.131.
- 13 Respecto a las características de la consulta a los pueblos indígenas frente a planes de desarrollo la Corte IDH sostiene: “Este deber requiere que el Estado acepte y brinde información, e implica una comunicación constante entre las partes. Las consultas deben realizarse de buena fe, a través de procedimientos culturalmente adecuados y deben tener como fin llegar a un acuerdo. Asimismo, se debe consultar con el pueblo Saramaka, de conformidad con sus propias tradiciones, en las primeras etapas del plan de desarrollo o inversión y no únicamente cuando surja la necesidad de obtener la aprobación de la comunidad, si éste fuera el caso. El aviso temprano proporciona un tiempo para la discusión interna dentro de las comunidades y para brindar una adecuada respuesta al Estado”. (Corte IDH, Sentencia caso *Saramaka vs. Surinam*, 2008, párr. 134).

- 14 En relación al consentimiento, la Corte IDH sostiene: “Asimismo, la Corte considera que, cuando se trate de planes de desarrollo o de inversión a gran escala que tendrían un mayor impacto dentro del territorio Saramaka, el Estado tiene la obligación, no solo de consultar a los Saramakas, sino también debe obtener el consentimiento libre, informado y previo de éstos, según sus costumbres y tradiciones.”. (*Ibid.* párr.135).
- 15 Del total de 106 millones de hectáreas en proceso de saneamiento, 37.7 millones han sido saneadas, 13.3 millones están en proceso de saneamiento, y 55.6 millones están aún por sanear. (INRA, Somos Tierra N° 10, octubre de 2009, Chumacero, en Chumacero coord., 2010).
- 16 Tal como se señala en la sección sobre derechos políticos de este autor, de los 18 pueblos que el 2010 manifestaron su interés en convertirse en AIOC, solo 11 lograron conformarlas a través de la vía municipal, no a través de la TIOC.
- 17 La CP de 1988 define como tierras tradicionalmente ocupadas por los indios aquellas que, además de haber sido habitadas por ellos con carácter permanente, son utilizadas para sus actividades productivas, las imprescindibles para la preservación de los recursos ambientales necesarios para su bienestar y las necesarias para su reproducción física y cultural según sus usos, costumbres y tradiciones (art. 231 N° 1). Dispone además que tales tierras deben destinarse a su posesión permanente, correspondiéndoles el usufructo exclusivo sobre las riquezas del suelo, de los ríos y de los lagos en ellas existentes (art. 231 N° 2). Agrega que el aprovechamiento de los recursos hidráulicos, incluidos el potencial energético, la búsqueda y extracción de las riquezas minerales en tierras indígenas, solo puede ser efectuado con autorización del Congreso Nacional, oídas las comunidades afectadas, quedándoles asegurada la participación en los resultados de la extracción (art. 231 N° 3).
- 18 Antecedentes del Instituto Socioambiental, disponible en: <http://piib.socioambiental.org/pt/c/0/1/2/situacao-juridica-das-tis-hoje>
- 19 De acuerdo a la CP las tierras tradicionalmente ocupadas por los indios, son bienes de la Unión (art. 22 XI).
- 20 MC 382/10 - *Comunidades Indígenas de la Cuenca del Río Xingu, Pará, Brasil*, 1 de abril de 2011.
- 21 Los resguardos son instituciones de origen colonial que constituyen formas de propiedad colectiva indígena. Ellos han sido definidos por el Decreto 2001 de 1998 como “una institución legal y sociopolítica de carácter especial, conformada por una comunidad o parcialidad indígena, que con un título de propiedad comunitaria, posee su territorio y se rige para el manejo de éste y de su vida interna por una organización ajustada al fuero indígena o a sus pautas y tradiciones culturales”. (artículo 2).
- 22 La labor del INCORA, fue asumida más tarde por el Instituto Colombiano de Desarrollo Rural (INCODER). Mediante el Estatuto de Desarrollo Rural (Ley N° 1152 de 2007), la competencia sobre los procesos de constitución, ampliación y saneamiento de los resguardos indígenas se trasladó a la Dirección de Etnias del Ministerio del Interior y de la Justicia. Dicha ley, sin embargo, fue declarada inconstitucional por la Corte Constitucional el 2009 por no haber sido sometida al proceso de consulta del Convenio 169.
- 23 Hacia finales de los ochenta se había titulado como resguardos un área de 25.447.348 hectáreas. (Roldan, 1993 en Organización Nacional Indígena de Colombia, 2009).
- 24 El artículo 287 dispone: “Las entidades territoriales gozan de autonomía para la gestión de sus intereses, y dentro de los límites de la Constitución y la ley. En tal virtud tendrán los siguientes derechos: 1. Gobernarse por autoridades propias. 2. Ejercer las competencias que les correspondan 3. Administrar los recursos y establecer los tributos necesarios para el cumplimiento de sus funciones 4. Participar en las rentas nacionales”.
- 25 Sentencia C-921/07 de la Corte Constitucional de Colombia.
- 26 La gran mayoría de estas tierras han sido adquiridas para el pueblo mapuche en el sur del país.
- 27 Un estudio encargado por el Estado determina que para tres de las cuatro regiones en que habita ancestralmente el pueblo mapuche las demandas basadas en las modalidades de la Ley N° 19.253 (art. 20 a y b) alcanzan a 165 mil hectáreas. (Universidad de Concepción, Centro Eula-Chile, 2010). Esta estimación solo toma en cuenta las tierras reconocidas a los mapuche por el Estado, las que como se señalara (pie página anterior) alcanzaron a medio millón de hectáreas de un territorio total de 10 millones de hectáreas. Las demandas sobre este territorio mayor encuentran fundamento, además de en la propiedad ancestral, en su reconocimiento a los mapuche por la corona española entre los siglos XVI y XVIII a través de parlamentos, cuyo valor como tratados es reivindicado por los mapuche y ha sido reconocido por diversas instancias nacionales e internacionales.
- 28 La Ley N° 19.253 establece una disposición para la protección de las aguas de las comunidades andinas (art. 64), así como una disposición transitoria (art. 3) que obliga al Estado a desarrollar una acción para la “protección, constitución y restablecimiento de aguas de propiedad ancestral”. Sobre la base de estas disposiciones los tribunales de justicia han reconocido a través de su jurisprudencia la propiedad sobre las aguas ancestrales de las comunidades andinas, aun existiendo derechos de aprovechamiento de aguas constituidos en favor de terceros no indígenas en base al Código de Aguas (fallos de Corte Suprema en caso *Toconce contra ESSAN SA*, Rol 986, 2004 y caso *Comunidad Aymara Chusmiza – Usmagama con Empresa Embotelladora de Agua Mineral Chusmiza S.A* Rol 2480, 2008).

- 29 Entre ellas el Código de Aguas (D.F.L. N° 1.222 de 1981), el Código de Minería (Ley N° 18.248 de 1983) y la Ley General de Pesca y Acuicultura (N° 18.892 de 1991), y la Ley sobre Concesiones de Energía Geotérmica (N° 19.657 de 2000).

Bibliografía

- Anaya, James (2009):** *La situación de los pueblos indígenas en Chile: seguimiento a las recomendaciones hechas por el Relator Especial anterior. Informe sobre su visita de trabajo a Chile*, 5 al 9 de abril. Naciones Unidas, A/HRC/12/34/Add.6, 14 de septiembre 2009.
- (2009)** *Report of the Special Rapporteur on the Situation of human rights and fundamental freedoms of indigenous people, James Anaya, Addendum, Report on the Situation of Human Rights of Indigenous peoples in Brazil*. United Nations, A/HRC/12/34/Add.2, 26 August 2009.
- (2010)** *La situación de los pueblos indígenas en Colombia: Seguimiento a las recomendaciones hechas por el Relator Especial anterior*. Naciones Unidas, A/HRC/15/34, 8 de enero de 2010.
- Conferencia Internacional del Trabajo (98.a reunión, 2009):** *Informe de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y recomendaciones, Informe III (Parte 1ª) Informe General y observaciones referidas a ciertos países*. Ginebra: Organización Internacional del Trabajo.
- Aylwin, José (2002):** *El acceso de los indígenas a la tierra en los ordenamientos jurídicos de América Latina: Un estudio de casos*. Santiago: CEPAL.
- (2009)** *Os direitos dos povos indígenas em Mato Grosso do Sul, Brasil, Confinamento e tutela no século XXI*. Copenhague, Dinamarca: IWGIA.
- Burguete, Aracely (2008):** *Gobernar en la diversidad en tiempos del multiculturalismo en América Latina*. En Xochitl Leyva et al. (Coords.), *Gobernar en la diversidad: Experiencias indígenas desde América Latina. Hacia la investigación de co-labor* (pp. 15-64). México DF: CIESAS.
- Chumacero, Juan Pablo (2010):** *Trece años de reforma agraria en Bolivia. Avances, dificultades y perspectivas*. En Juan Pablo Chumacero (Coord.), *Reconfigurando territorios. Reforma agraria, control territorial y gobiernos indígenas en Bolivia* (Informe 2009). (pp.11-38). La Paz. Fundación TIERRA.
- González, Karinna; Sánchez, Rubén (2007):** *Política de Tierras y derechos territoriales de los pueblos indígenas en Chile: El caso de las Comunidades Carimán Sánchez y Gonzalo Marín y Comunidad Manuel Contreras*. Temuco: (Observatorio de Derechos de los Pueblos Indígenas).
- Houghton, John (2008):** *La problemática de las tierras de los pueblos indígenas*. En Observatorio Indígena de Políticas Públicas de Desarrollo de Derechos Étnicos, *La Tierra contra la muerte. Conflictos territoriales de los pueblos indígenas en Colombia* (pp. 83-143). Bogotá: CECOIN.
- Gobierno de Chile:** *Informes periódicos 19°, 20° y 21° de aplicación de la Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación racial. De conformidad al artículo 9° de la Convención*, Chile, septiembre de 2012.
- Conferencia Internacional del Trabajo (2009):** *Informe del Comité de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones (Artículos 19, 22 y 35 de la Constitución)*. Ginebra: Organización Internacional del Trabajo.
- (2013):** *Informe del Comité de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones*. Ginebra: Organización Internacional del Trabajo.
- Organización Nacional Indígena de Colombia-ONIC (2009):** *Estado de los derechos humanos y colectivos de los pueblos indígenas de Colombia: Etnocidio, Limpieza étnica y destierro*. (Informe al Relator Especial de la ONU para los derechos de los pueblos indígenas, julio 2009). Bogotá. Disponible en: <http://www.colombiassh.org/reh/spip.php?article472>
- Roldan, Roque (1993):** *Reconocimiento legal de tierras indígenas en Colombia*. En Reconocimiento y demarcación de territorios indígenas en Colombia. Bogotá: GAIA, CERC.
- Salgado, Jorge Manuel (2010):** *Gestión territorial indígena en tierras bajas: ¿Autonomías Indígenas?* En Chumacero, Juan Pablo, (Coord.), *Reconfigurando territorios. Reforma agraria, control territorial y gobiernos indígenas en Bolivia* (Informe 2009) (pp. 209-246). La Paz: Fundación TIERRA.
- Stavenhagen, Rodolfo (2006):** *Report of the Special Rapporteur on the situation of human rights and fundamental freedoms of indigenous people, Rodolfo Stavenhagen*. Addendum, United Nations, E/CN.4/2006/78/Add.5 17, enero 2006.
- Universidad de Concepción Centro Eula (2010):** *Proyecto Actualización Catastro Demanda y Oferta de tierras, aguas y Riego para indígenas Etapa I (Resumen Ejecutivo)*, (inédito). Chile.

Yrigoyen, Raquel (2011): *El horizonte del constitucionalismo pluralista: del multiculturalismo a la descolonización*. En Cesar Rodríguez G., (Coord.), *El derecho en América Latina. Un mapa para el pensamiento jurídico del Siglo XXI*. (pp. 139-59). Buenos Aires: Siglo XXI Editores.

Derechos políticos de los pueblos indígenas en América Latina – El impacto del Convenio 169

José Aylwin¹⁻²

Introducción

En este artículo nos referiremos al impacto del Convenio 169 de la OIT en los derechos políticos de los pueblos indígenas en América Latina. Para efectos de este artículo consideramos como tales los derechos participatorios de los pueblos indígenas, los que incluyen aquellos que éstos tienen “[...] a participar libremente, por lo menos en la misma medida que otros sectores de la población, y a todos los niveles en la adopción de decisiones en instituciones electivas y organismos administrativos y de otra índole responsables de políticas y programas que les conciernan” (artículo 6 1. b); y a “participar en la formulación, aplicación y evaluación de los planes y programas de desarrollo nacional y regional susceptibles de afectarles directamente”. (artículo 7.1). También incluimos aquellos que son resultantes de su derecho a la autonomía, como lo son “el derecho de decidir sus propias prioridades en lo que atañe al proceso de desarrollo [...] y de controlar [...] su propio desarrollo económico, social y cultural” (artículo 7.1); y el derecho que tienen a “conservar sus costumbres e instituciones propias”. (artículo 8.2).

Situación de los pueblos indígenas antes de la aprobación del Convenio

A la época de la aprobación del Convenio 169, la mayor parte de los estados de la región negaba la existencia y derechos colectivos de los pueblos indígenas. Para entonces solo Guatemala (1985), Nicaragua (1987) y Brasil (1988), habían adoptado constituciones política (CP) que reconocían y protegían de diversas formas la diversidad cultural indígena. Junto con ello, dichas CP reconocieron a los pueblos indígenas derechos sobre la tierra, y en el caso de Nicaragua, formas de autonomía política en los territorios en que habitan. Las políticas públicas aplicadas a los integrantes de estos pueblos, influenciadas por el indigenismo promovido por México a contar de los cuarenta, se orientaban fundamentalmente a promover su integración económica y cultural. Por otro lado, la mayor parte de los pueblos indígenas –salvo excepciones– estaban excluidos de participar en las instituciones electivas u órganos administrativos de los estados que tomaban decisiones en materias que les concernían.³

En cuanto a los derechos autonómicos, estos tuvieron algún grado de reconocimiento y desarrollo normativo en Panamá y Nicaragua con anterioridad a la aprobación del Convenio 169. En el primer caso, a través de la figura de las comarcas se reconoció a los pueblos indígenas diferentes

competencias y formas de gobierno interno. La primera de estas entidades en ser establecida fue la comarca kuna de San Blas en 1934 (Ley N° 18), la que más tarde en 1953 fue organizada mediante la Ley N°16 y en 1989 a través de la Ley N° 23, siendo reconocida hoy como comarca de Kuna Yala. Mas tarde, en 1983 se creó la comarca Embera Wounaan en Darien. La Ley N° 2 de 1987 estableció que en las comarcas indígenas se aplicaría un régimen jurídico especial y que las leyes nacionales se aplicarían en forma supletoria. Ello fue interpretado como que en las comarcas prevalecían las leyes comarcales, estableciendo una forma de autonomía indígena. (Valiente, 2002). En la práctica, sin embargo, las comarcas fueron formas de autonomía subordinada a los gobiernos provinciales con potestad sobre los mismos territorios.

En el caso de Nicaragua la CP de 1987 reconoció el derecho de las comunidades de la Costa Atlántica a sus formas de organización social y cultural (artículo 180), y a la libre elección de sus autoridades (artículo 180). El Estatuto de Autonomía de las Regiones de la Costa Atlántica (Ley N° 28 de 1987) creó dos regiones autónomas; la del Atlántico Norte (RAAN) y la del Atlántico Sur (RAAS) (artículo 6), las que se subdividirían administrativamente en municipios organizados Consejos Regionales, conforme a sus tradiciones (artículo 7). Dichas regiones, concebidas como personas jurídicas de derecho público, tendrían como órgano de administración principal el Consejo Regional, compuesto por 45 miembros electos por voto universal, con representación de las comunidades étnicas de la región, presidido por una junta directiva (artículos 19-27). El Estatuto, sin embargo, otorgó a las regiones autónomas atribuciones muy generales, dejando en manos del gobierno central las competencias más relevantes.

Las implicancias de la aprobación del Convenio 169

Como se señalara en el artículo anterior de este mismo autor referido a los derechos de los pueblos indígenas sobre tierras y territorios, el Convenio 169 incidió en la década de los noventa en un segundo ciclo de reformas constitucionales referidas a estos pueblos, que siguió al primer ciclo verificado en los ochenta, en que sus derechos colectivos como pueblos, entre ellos los derechos políticos, fueron reconocidos. (Yrigoyen, 2011). A través de este ciclo, plasmado en nuevas constituciones o reformas a aquellas ya existentes, numerosos estados reconocieron a estos pueblos como sujetos colectivos, estableciéndose en ellas un conjunto de derechos políticos de participación, de consulta y de autonomía, así como también derechos sobre sus tierras, territorios y recursos naturales. Ello además de un conjunto de derechos de carácter lingüístico y cultural. Tales reformas constitucionales enfatizaron la naturaleza pluricultural, multicultural o multiétnica de los estados. (Colombia, 1991; México, 1992 y 2001; Perú, 1993; Bolivia, 1994; Ecuador, 1998).

De especial relevancia en este segundo ciclo de constitucionalismo multicultural (Burguete, 2008a), fue el reconocimiento del derecho consuetudinario, tanto dentro de la jurisdicción del Estado como a través de los sistemas de justicia indígena (México, Ecuador, Colombia y Perú), así como de derechos de representación política especial indígena (Colombia y Venezuela). Igualmente, derechos de autonomía o autogobierno de los pueblos indígenas, a través de diferentes figuras y niveles (resguardos, entidades territoriales indígenas, circunscripciones territoriales indí-

genas, municipios), fueron establecidos en las CP de Colombia, Ecuador y de México, como lo habían sido establecidos por Nicaragua en 1987.

La brecha de implementación de los ordenamientos constitucionales (Stavenhagen, 2006), sin embargo, generó frustración de los pueblos indígenas, quienes impulsaron diferentes estrategias con miras a hacer efectivos los derechos que les habían sido reconocidos, o a lograr dicho reconocimiento donde este no existía. Entre estas estrategias destacan las de participación de los pueblos indígenas en procesos electorales para obtener representación política en los estados (Burguete, 2008a), como las impulsadas por las organizaciones de pueblos indígenas en Ecuador y en Bolivia. En dichos estados, su peso demográfico les permitió, a través de partidos políticos propios o de alianzas con otros sectores, participar en procesos electorarios y lograr espacios en instancias de representación popular, incluyendo la elección el 2005 en Bolivia de Evo Morales, un aymara, como el primer presidente autoidentificado como indígena en la región.

Fue mediante esta estrategia de participación indígena en el Estado que se dio origen, precisamente en Ecuador y Bolivia, a un tercer ciclo de reformas, el que ha sido conocido como constitucionalismo plurinacional (Yrigoyen, 2011) o constitucionalismo dialógico e intercultural. (Aparicio, 2011). Ello a través de la aprobación, con activa participación política de los pueblos indígenas, de nuevas CP el 2008 en Ecuador y el 2009 en Bolivia. Ambas Constituciones emanaron de asambleas constituyentes electas por voto popular, con representación de estos pueblos, y ratificadas mediante referéndum. Dichas reformas, como también se señalara en el artículo anterior referido a los derechos indígenas sobre la tierra y el territorio, se vieron influenciadas en algunos aspectos—como en el reconocimiento del derecho de libre determinación y el consentimiento libre, previo e informado— por la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas (en adelante la Declaración), aprobada por la Asamblea General de esta entidad el 2007.⁴ Las mismas CP vienen a cuestionar el concepto de “Estado-nación” al reconocer la diversidad de pueblos y naciones y al definir los estados como plurinacionales, sin cuestionar, sin embargo, la unidad del Estado (artículo 1 CP de Ecuador; artículo 1 CP de Bolivia). La plurinacionalidad, en el caso de Bolivia, se manifiesta a través de la creación de una Asamblea Legislativa Plurinacional, con circunscripciones especiales indígenas y con la participación proporcional de las naciones y pueblos indígenas originarios campesinos (NPIOC) (artículos.145-147), y de un órgano judicial y un tribunal constitucional con el mismo carácter y composición, también con representación de estos pueblos (artículo 178).

Desde la perspectiva de los derechos políticos, un elemento distintivo es el reconocimiento explícito que hace la CP de Bolivia del derecho de las naciones y pueblos indígenas originarios campesinos (NPIOC) a su libre determinación, el que consiste en su derecho a la autonomía, al autogobierno, a su cultura, al reconocimiento de sus instituciones y a la consolidación de sus entidades territoriales (artículo 2). Como una de las manifestaciones de la libre determinación de las NPIOC, la CP de Bolivia establece la gestión territorial autónoma y el ejercicio de sus sistemas políticos, jurídicos y económicos acorde a sus cosmovisiones (artículo 30). Para estos efectos la CP incluye entre los distintos niveles para el ejercicio de la autonomía, además del nivel departamental, regional y municipal, la autonomía de las naciones y de los pueblos indígenas originarios campesinos. Esta última autonomía está concebida como una expresión del derecho de autode-

terminación de las naciones y pueblos cuya población comparte un territorio, cultura, historia, lenguas, y organización o instituciones jurídicas, políticas sociales y económicas propias. (artículo 289).

De manera menos explícita, la CP de Ecuador reconoce el derecho de los pueblos indígenas a desarrollar sus propias formas de organización y convivencia social, y de generación y ejercicio de autoridad en sus territorios; así como el derecho a conformar circunscripciones territoriales indígenas (artículo 60). Las mismas CP reconocen los sistemas de justicia indígenas y su administración por las autoridades indígenas de acuerdo a sus propias normas y procedimientos, sobre la base de su derecho propio (artículo 171 CP Ecuador; artículos 179 y 190 CP Bolivia).

Junto a su contribución al proceso de constitucionalización de los derechos de los pueblos indígenas, el Convenio 169 ha ejercido una importante influencia en las decisiones de las instancias jurisdiccionales –tanto internacionales como nacionales– ante las cuales los pueblos indígenas presentan sus reclamaciones por la vulneración de sus derechos. Un ejemplo de ello lo encontramos en la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante Corte IDH), cuya jurisprudencia en casos que atañen a sus derechos, en ausencia de un marco interamericano referido a estos pueblos, se ha fundado muchas veces en disposiciones del Convenio 169.⁵ Así, en materia de derechos políticos de pueblos indígenas, dicha Corte en su sentencia en el caso *Yatama vs. Nicaragua* (2005) condenó al Estado de Nicaragua por la violación del derecho de participación política y a la no discriminación establecidos en la Convención Americana de Derechos Humanos. Al hacerlo tuvo expresamente presente el Convenio 169, identificándolo entre uno de los instrumentos internacionales que propician el fortalecimiento de la democracia y el pluralismo político (para.193).⁶ El mismo Convenio 169 también ha sido aplicado en forma directa por los tribunales de justicia o por las instancias de justicia constitucional. Ello es consecuencia, al menos en parte, del hecho de que varias CP de la región (Argentina, Chile, Colombia, Costa Rica, Ecuador y Bolivia, entre otras) incorporan los derechos humanos de tratados internacionales, incluyendo el Convenio 169, en su ordenamiento jurídico interno, muchas veces al nivel jerárquico superior, pasando estos a formar parte del “bloque de constitucionalidad”.

Experiencias de desarrollo y ejercicio de derechos políticos indígenas

Derechos de participación indígena

Los estados donde el derecho de los pueblos indígenas a participar en instituciones de representación popular –que adoptan decisiones que les conciernen– ha tenido un mayor desarrollo jurídico y político han sido Bolivia, Colombia, Ecuador, Venezuela, Perú y México. En el caso de **Bolivia**, cuya demografía indígena es mayoritaria, la movilización indígena impulsada desde comienzos de los noventa hizo posible una creciente participación de representantes de estos pueblos en las instancias electivas del Estado. Dicha participación se reflejó más tarde no tan solo en la elección el 2005 y reelección el 2010 de un aymara como presidente de Bolivia, sino también en el proceso constituyente de 2009, donde un 35% de los representantes electos para la Asamblea Constitu-

yente fueron indígenas.⁷ El 2010 los derechos de participación política indígena reconocidos en la CP de 2009 fueron desarrollados por ley.⁸ La Ley de Régimen Electoral (LRE) N° 026 2010 consideró, junto a la participación en los procesos electorales mediante sufragio universal, la participación en asambleas y cabildos con fines deliberativos, el ejercicio de consulta previa, libre e informada por parte de las NPIOC, así como el ejercicio de la democracia comunitaria según sus normas y procedimientos propios (artículo 4). Además estableció para la elección de representantes nacionales siete circunscripciones especiales para diputados de NPIOC (artículo 50 I LRE)⁹ y dispuso que en cada departamento en que sean minoría poblacional se asignaran escaños para la elección de representantes de NPIOC (artículo 50 II). Lo mismo ocurre en el caso de las autoridades y representantes en las autonomías regionales, en que las NPIOC que sean minoría poblacional, de acuerdo al estatuto autonómico regional (artículo 50 III). En el plano municipal, en tanto, también se asignan escaños para la elección directa de representantes de NPIOC que sean minoría poblacional en el municipio, de acuerdo a su carta orgánica (artículo 50 IV).

Como resultado de esta normativa la participación política indígena en Bolivia ha sido creciente. Así, en las elecciones de 2009 los parlamentarios indígenas electos fueron 38 (32 diputados y 6 senadores), representando el 22.89% del total. (Cárdenas, 2011). La misma tendencia se vio reflejada en las elecciones municipales y departamentales de abril de 2010. No obstante estos avances logrados, persisten entre otros problemas para garantizar una representación electoral indígena, la dificultad de las mujeres indígenas para ser electas en términos de igualdad con los hombres y la intermediación de los partidos políticos para hacer posible la participación indígena. Ello a pesar de que la CP establece que los pueblos indígenas están habilitados para presentar directamente candidatos en los procesos electorales.

En el caso de **Colombia**, donde la población indígena llega al 3% del total, los pueblos indígenas contaron con dos del total de 70 representantes electos a la Asamblea Nacional Constituyente que elaboró la CP de 1991. La CP aprobada ese año garantizó la participación de los pueblos indígenas en el Congreso de la República mediante un número adicional de dos senadores a ser electos por comunidades indígenas mediante el sistema de cociente electoral en circunscripción nacional especial.¹⁰ Las circunscripciones electorales especiales para la Cámara de Representantes permitieron la participación de, entre otros sectores, los grupos étnicos (artículo 176). La participación indígena en este último caso fue reglamentada por la Ley N° 649 de 2001, la que estableció un curul especial para las comunidades indígenas, además de dos para las comunidades negras.¹¹

La participación electoral indígena, paradójicamente, ha sido inestable desde la entrada en vigencia de la CP. Así los candidatos indígenas al Senado, incluyendo tanto los votos por la circunscripción especial y la general, lograron 150.281 votos en 1998, subiendo a 242.268 votos el 2002, para volver a bajar el 2006 a 96.674 votos (Padilla, 2011). Ello ha sido interpretado como un castigo del electorado a los pobres resultados obtenidos por congresistas indígenas en su labor legislativa. (Moreno, 2007). Además de la circunscripción especial indígena establecida en la CP, en las elecciones de 1998 se eligió un senador indígena por circunscripción nacional, en tanto que el 2002 se eligieron dos senadores indígenas por la misma circunscripción, sumándose así a los dos electos por circunscripción especial. (Ibid). En las elecciones del 2000, en tanto, fueron electos

más de 20 diputados regionales indígenas y más de 100 concejales indígenas, los que pertenecían al Movimiento de Autoridades Indígenas de Colombia (AICO). El 2003, el AICO ganó un gobernador (departamento de Guainía), tres alcaldías, 68 concejales y cuatro diputados, en tanto que la Alianza Social Indígena logró seis alcaldías, 140 concejales y tres diputados departamentales. (Padilla, 2011).

Un serio obstáculo para el ejercicio de la participación electoral indígena ha sido el conflicto armado que enfrenta a fuerzas de la guerrilla y del narcotráfico con el Estado, el que afecta los territorios de mayor demografía indígena. Este conflicto, además de poner en riesgo la sobrevivencia misma de los pueblos indígenas, también ha disminuido sus posibilidades de ejercer sus derechos políticos y de participar en los procesos electorales en instancias nacionales y locales de representación popular.

En **Ecuador**, donde la población indígena alcanza a un tercio de la población total¹², la actoría política indígena adquirió relevancia con la creación de la Confederación de Nacionalidades Indígenas del Ecuador (CONAIE) en los ochenta y, más tarde, en los noventa, con la creación por ésta de su expresión política, el Movimiento Pachakutik.¹³ A inicios de la primera década del 2000 este movimiento llegó a contar con 11 de 100 diputados, y para el 2002 contaba con cuatro de 22 prefecturas municipales y 32 de 215 alcaldías. En las elecciones de 2008 Pachakutik obtuvo cinco de 24 prefectos provinciales, 34 de 219 alcaldes y 98 de 420 presidencias de juntas parroquiales, con membrecías en otros 230 directorios parroquiales. (Maldonado y Jijón, 2011). En las elecciones para la Asamblea Constituyente el 2007 Pachakutik obtuvo solo cinco asambleístas del total de 124.

En la CP aprobada el 2008 se reconoce el derecho de estos pueblos a sus propias formas de organización social, a mantener organizaciones que los representen, y a participar mediante sus representantes en los organismos oficiales en la definición de políticas públicas que les conciernen, así como en el diseño de planes y proyectos del Estado (artículo 57). Dicha carta, sin embargo, no considera mecanismos para asegurar la representación de los pueblos indígenas en la Asamblea Nacional, como lo hacen las CP de Bolivia y Colombia.¹⁴ Un déficit evidente en Ecuador es el referido a la participación político electoral de las mujeres indígenas. No obstante la Ley de Elecciones y Participación Política de 2000 estableció cuotas para su participación y la Ley Orgánica Electoral y de Organizaciones Políticas de 2009 estableció la paridad en las elecciones pluripersonales, esta sigue siendo muy débil en todos los niveles de representación electoral del Estado. (Maldonado y Jijón, 2011).

En el caso de **México**, país cuya población indígena es estimada en más de 10% de la población total, la participación política de los pueblos indígenas en instancias electivas fue fortalecida con las reformas constitucionales de 1992 y de 2001. La reforma constitucional de 2001 reconoció a estos pueblos el derecho a la libre determinación, el que “[...] se ejercerá en un marco constitucional de autonomía que asegure la unidad nacional”. (artículo 2). De acuerdo a dicha reforma (artículo 2), esta autonomía incluye, entre otros derechos de estos pueblos, el de “[...] elegir de acuerdo con sus normas, procedimientos y prácticas tradicionales, a las autoridades o representantes para el ejercicio de sus formas propias de gobierno interno, garantizando la participación de las mujeres en condiciones de equidad frente a los varones, en un marco que respete el pacto

federal y la soberanía de los estados” (III) y a “[...] elegir, en los municipios con población indígena, representantes ante los ayuntamientos” (IV).

El Instituto Federal Electoral aprobó el 2005 una delimitación de 300 distritos electorales federales incorporando criterios etno-lingüísticos. En ella se considera un total de 28 “distritos indígenas” con un porcentaje de población indígena superior al 40% (Burguete, 2010), en 11 estados de alta demografía indígenas. Como consecuencia de ello, así como de las estrategias de inclusión preferencial voluntarias desarrolladas por los partidos políticos más relevantes, la representación indígena en el Congreso de la Unión se vio incrementada, pasando desde siete diputados indígenas electos el 2003, a 18 en 2006 y a 16 en 2009. De ellos siete, 17 y 10 legisladores, respectivamente, fueron electos en las circunscripciones uninominales creadas por el dicho instituto (Sonnleitner, 2012). Si bien este sistema ha posibilitado una mayor representación relativa indígena en el Congreso de la Unión, ha demostrado que por sí solo no permite mejorar la calidad de la representación indígena. En efecto, muchos indígenas llegan a la Cámara de Diputados –no así al Senado de la República– como militantes de partidos políticos más que como resultado de la cuota étnica, lo cual limita seriamente su independencia a los compromisos que tienen con ellos. (Burguete, 2010).

A nivel estatal destaca el caso de Chiapas, entidad federativa con casi un tercio de población indígena, donde la Ley Electoral (Decreto N° 205 de 1994) modificó la integración del Congreso del Estado, dando origen a siete distritos electorales mayoritariamente indígenas. (Burguete, 2010). En dicha reforma, además, se dispuso que en los distritos con población predominantemente indígena los partidos políticos deben preferir registrar a candidatos indígenas, respetando en el proceso de selección sus usos y costumbres (artículo 37). Ello incidió en un incremento inicial de la representación indígena en el Congreso de Chiapas, que para 1995 alcanzó a 10 diputados, un 25% del total. Tal representación, sin embargo, ha disminuido desde entonces alcanzando solo a tres diputados en las elecciones de 2007 y de 2010. (Sonnleitner, 2012).

En el caso de **Perú**, país de importante demografía indígena (entre 25 y 47% según estimaciones), la CP de 1993 dispuso que la ley debía establecer porcentajes mínimos para hacer accesible la representación de género, comunidades nativas y pueblos originarios en los Consejos Regionales y los Concejos Municipales (artículo 191).¹⁵ Dicha normativa fue desarrollada por la Ley de Elecciones Regionales, la Ley N° 27.683 de 2002 (artículo 12) y la Ley N° 27734 de 2002, que modifica la Ley de Elecciones Municipales (Ley N° 26.864 de 1997) (artículo 10), las que dispusieron, para cada caso, que las listas de candidatos al Consejo Regional y la lista de candidatos a regidores debían estar conformadas por un mínimo del 15% de representantes de comunidades nativas y pueblos originarios.

Dicha legislación si bien ha resultado en el aumento de las candidaturas indígenas para cargos de gobierno municipal y regional, no ha permitido su elección de acuerdo a su peso demográfico, en especial en la región andina que concentra la mayor parte de la población indígena. (Jurado Nacional de Elecciones, 2012). En ello incide el hecho de que la legislación vigente¹⁶ por largo tiempo limitó la población indígena a la de carácter amazónica. Si bien con la legislación posterior al Convenio 169 (Ley N° 28.736 de 2006 y Ley N° 29.785 de 2011) se ha adoptado una definición amplia de lo indígena, la política pública sigue reduciendo lo indígena a las comunidades campe-

sinas y nativas, lo cual ha valido un cuestionamiento al Estado peruano de la propia OIT.¹⁷ Ello incide en una aplicación restrictiva de la ley de cuotas, en particular en los territorios andinos. Otro factor crítico ha sido la instrumentalización de este mecanismo por los partidos políticos, los que han convocado a miembros no representativos de los pueblos indígenas en sus listas solo para cumplir con la ley, o han puesto a los candidatos indígenas en un lugar poco privilegiado dentro de sus listas, con lo cual pierden posibilidades de ser electos. (Pinedo, 2010; Chuecas, 2007). Lo anterior ha llevado a los pueblos indígenas junto al Jurado Nacional de Elecciones a estudiar una reforma al sistema de cuotas, así como a promover el establecimiento de una circunscripción electoral especial indígena con representación en el Congreso de la República.

En el caso de **Venezuela**, país cuya demografía indígena que no sobrepasa el 2% de la población total, la CP de 1999 garantizó la representación indígena en la Asamblea Nacional y en los cuerpos deliberantes de las entidades federales y locales con población indígena (artículos 125). Este derecho fue desarrollado el 2005 por la Ley Orgánica de Pueblos y Comunidades Indígenas (LOPCI), la que estableció una representación indígena mínima en todos los niveles del Estado. En el caso de la Asamblea Nacional, se crearon tres curules para la representación indígena, cada uno de ellos a ser electo en una región-circunscripción diseñada para estos efectos. La LOPCI, a su vez, garantizó la representación de un diputado indígena en los Consejos Legislativos de ocho estados de ocupación tradicional indígena. Ella se vio complementada por la Ley Orgánica de Procesos Electorales (LOPE) de 2009, que estableció que los estados con más de 500 indígenas elegirían un integrante en Consejos Legislativos (artículo 151). La misma ley dispuso la elección de un representante indígena en los municipios con 300 o más indígenas (artículo 152), y de otro en las parroquias con 180 o más indígenas (artículo 153).

La realidad demográfica de los pueblos indígenas en Venezuela, la falta de recursos económicos, y la polarización de la política existente en el país, ha llevado a los indígenas a establecer alianzas con los partidos políticos, en particular los del bloque bolivariano, el que se plantea como abanderado de sus derechos. (Angosto, 2012). Ello ha venido a deteriorar las posibilidades de que estos pueblos cuenten con una adecuada e idónea representación en las instancias de participación del Estado venezolano por la vía electoral.

En otros estados de la región, sin embargo, los derechos de participación política indígena no han tenido un desarrollo jurídico y político similar al de los estados antes referidos. Entre ellos destaca el caso de **Chile**, país con una demografía indígena cercana al 8% de la población total, donde los pueblos indígenas no cuentan con representación alguna en el Congreso Nacional, y su representación en los Consejos Regionales en las regiones administrativas del país, así como en los Consejos Comunales en los municipios constituidos sobre sus territorios ancestrales, es muy inferior a su demografía. No obstante las demandas indígenas, hasta la fecha no existe legislación que establezca mecanismos que promuevan la participación indígena en el Congreso Nacional bajo criterios de proporcionalidad de su población. Por otro lado, la Ley N° 18.603 (Orgánica Constitucional de los Partidos Políticos), desincentiva la organización política indígena. Un ejemplo de lo anterior es el del partido político mapuche "Wallmapuwen", el que hasta ahora no ha podido legalizarse. Ello dada la obligación de reunir 5.000 firmas legalizadas y pagadas ante notario público en tres regiones contiguas. Por otra parte, a requerimiento de la autoridad electoral,

sus estatutos debieron eliminar vocablos propios del *mapuzugun* (idioma mapuche) y conceptos alusivos a derechos indígenas que a juicio de la autoridad electoral resultan inconstitucionales, tales como “pueblo” (como criterio de autoidentificación colectiva), autonomía (en relación al derecho a la autodeterminación), o *Wallmapu* (como denominación del territorio ancestral). (ODPI y otros, 2013).

Derecho a la autonomía

El derecho de los pueblos indígenas a la autonomía ha tenido un desarrollo jurídico y político en diversos países de la región con posterioridad al Convenio 169. A los reconocimientos y desarrollos de este derecho previos a dicho Convenio en los casos de Nicaragua y Panamá, a que antes nos refiriéramos, se agregan aquellos experimentados con posterioridad a su aprobación en 1989. Ello en los casos de Bolivia, Colombia y México.

En el caso de **Panamá**, las comarcas, junto a otros territorios indígenas no legalizados, constituyen hoy un 23% del territorio del país. Tales comarcas se rigen por leyes especiales que les dieron origen, en las que se establecen sus competencias y formas de gobierno (Castillo, 2007), así como por sus cartas orgánicas internas. A las comarcas creadas antes del Convenio 169 se agregan hoy la comarca Kuna de Madungandí en 1996 (Ley N° 24), regulada por carta orgánica mediante Decreto Ejecutivo N° 228 de 1998; la comarca Ngöbe Buglé en 1997 (Ley N° 10), regulada por carta orgánica mediante Decreto Ejecutivo N° 194 de 1999; y la comarca Kuna de Wargandi, creada el 2000 (Ley N° 34). Por su parte la comarca Embera Wounaan de Darien, creada en 1983, fue regulada por carta orgánica mediante Decreto Ejecutivo N° 84 de 1999.

La legislación que las regula ha ido estableciendo diversas competencias de las autoridades comarcales. Así la Ley de la Comarca Kuna de Madungandi reconoció a las autoridades y a las instituciones indígenas, incluyendo los Congresos Indígenas, y a los caciques y *sáhilas*. La misma ley dispuso que los recursos del subsuelo pueden ser explotados mediante acuerdos de las autoridades y comunidades de la comarca. La Ley de la Comarca Ngöbe-Buglé, estableció la necesidad de contar con estudios de impacto ambiental previo a la realización de actividades que afecten los recursos naturales. Finalmente la ley de la comarca Kuna de Wargandi, dispuso que el Congreso General de la comarca, conjuntamente con las comunidades, elaborarán un plan de manejo y desarrollo de la región basado en la cultura kuna a objeto de garantizar el uso sostenible y la biodiversidad, plan que, sin embargo, debe ser aprobado por la Autoridad Nacional del Ambiente.

Se trata, por tanto, en muchos casos de competencias limitadas. Además, las estrategias gubernamentales orientadas a intervenir las comarcas a través del impulso para los cargos tradicionales de personas políticamente afines (Ospina, 2011), y de la generación por los partidos políticos de divisiones internas entre las autoridades comarcales –presidentes de los congresos indígenas y caciques generales– (Castillo, 2007), han debilitado la capacidad de los pueblos indígenas para ejercer la autonomía política a través de ellas. Dicha autonomía se ha puesto a prueba en los últimos años dada la presión que el Estado panameño ha ejercido sobre los recursos naturales que se encuentran en los territorios indígenas. Ejemplo de ello son los proyectos hidroeléctricos y

mineros en el territorio de la comarca Ngöbe Bugle, los que han generado serios conflictos entre sus autoridades y el gobierno.

En el caso de **Nicaragua**, los Consejos Regionales establecidos mediante el Estatuto de Autonomía en 1987, fueron puestos en funcionamiento en 1990. El Decreto N° 3854 de 2003, que definió las autonomías como espacios descentralizados dentro de la unidad del Estado (artículo 2), promovió la descentralización de los programas de salud, justicia, transporte y educación, y mantuvo poder de veto de los Consejos Regionales en materia de explotación de recursos naturales propuestos por el Estado en sus territorios.¹⁸ A ello se agregó la creación de un Fondo Especial de Desarrollo y la definición de procedimientos de coordinación entre las autoridades regionales y nacionales. (González, 2012). La autonomía concebida por la CP y la ley, lejos de ser una autonomía indígena, como la que reclamaron en particular los miskito en los ochenta, es una autonomía de base multiétnica que tiene por objeto permitir a los diferentes grupos étnicos que allí habitan, los que incluyen además de pueblos indígenas a otros grupos étnicos, entre ellos dos pueblos afro descendientes (creoles y garífunas) y mestizos, participar en el gobierno de la región.

Diversos estudios (Hooker, 2010; y González, 2012), sin embargo, subrayan las debilidades del sistema de autonomías, y en especial de los Consejos Regionales, para ejercer una autonomía efectiva debido a la interferencia de los gobiernos centrales, en particular en materia de transferencia de recursos y funciones. A ello se agregan las dificultades de los pueblos indígenas para obtener una representación significativa en los Consejos Regionales, que les permita el control efectivo de estas instancias. Así, entre 1990 y el 2014 el 52% de los miembros del Consejo Regional del RAAS han sido mestizos y el 23% creoles/kriol. En los Consejos regionales de la RAAN, en el mismo período, el 45% de los miembros han sido mestizos, en tanto que otro 45% han sido miskito (partido Yatama). (González, 2012). En ambos casos la población mestiza ha elegido a representantes de los partidos nacionales, como el Frente Sandinista de Liberación Nacional (FSLN) y el Partido Liberal Constitucionalista (PLC). Otros pueblos indígenas que habitan en el Pacífico, centro y norte de Nicaragua, los que constituyen un porcentaje significativo de la población indígena de este país, no gozan de un estatuto especial como el de la Costa Atlántica que les reconozca sus derechos de autonomía.

En el caso de **Bolivia**, como ya se señalara, la libre determinación y la autonomía indígena fueron reconocidas por la CP de 2009. Para la implementación de las autonomías la CP dispone que se requiere de la creación de entidades territoriales indígenas, las que pueden estar constituidas por territorios, municipios y regiones territoriales, todas ellas indígenas, originarias o campesinas (artículos 292). La autonomía indígena originaria campesina (AIOC) tiene, entre otras competencias exclusivas, la definición de sus propias formas de desarrollo económico, social y político; el desarrollo de sus instituciones democráticas conforme a sus normas; el ejercicio de la jurisdicción indígena; participar de los mecanismos de consulta previa, libre e informada frente a medidas legislativas y administrativas; la planificación y gestión territorial; y la gestión y administración de recursos naturales renovables (artículo 304.1). De acuerdo con la Ley Marco de Autonomías (N° 031) de 2010, para la conformación de una AIOC debe existir una población igual o mayor a diez mil habitantes en el caso de los pueblos indígenas de tierras altas, e igual o mayor a mil habitantes en el caso de tierras bajas (artículos 56 a 58 Ley Base Autonomías). Para la transformación de un

municipio en AIOC se requiere de un referéndum (artículo 294 de la CP). A las competencias que éstas tienen como municipios, se agregan aquellas que son exclusivas de la AIOC. (Cameron, 2012). Los requisitos que esta ley establece, sin embargo, limitan seriamente las posibilidades de los pueblos indígenas de establecer las AIOC. Ello se veía reflejado en el hecho de que de los 18 pueblos que el 2010 manifestaron su interés en convertirse en AIOC, solo 11 lograron conformarlas a través de la vía municipal, nueve en municipios de tierras altas y dos en tierras bajas en el Chaco.

En cuanto a las AIOC conformadas en lo que la Constitución denomina territorios indígenas originarios campesinos (TIOC), antes reconocidos como territorios comunitarios de origen (TCO), según el artículo 294, I. de la Constitución, las autonomías deben ser adoptadas de acuerdo a las normas y procedimientos de consulta y condiciones establecidos en la ley. Se trata de una alternativa de gran relevancia, teniendo presente que al 2009 habían sido reconocidas 149 TIOC con una superficie total de 15.5 millones de hectáreas. (Chumacero, en Chumacero coord., 2010).

En cuanto a los municipios autónomos indígenas originarios campesinos, cuyas autoridades de acuerdo a la Ley de Régimen Electoral de 2010 se eligen sobre la base de sus normas y procedimientos propios y el estatuto autonómico, en el proceso electoral de 2010 verificado en los once municipios que adoptaron tal calidad, ganó el MAS con representantes indígenas en nueve de ellos, en tanto que en los otros ganaron representantes indígenas electos por otros partidos. (CIDOB, 2010). Ello da cuenta de que la representación política indígena en las nacientes autonomías sigue estando mediatizada por partidos políticos, que aunque de fuerte componente indígena, son externos a las autonomías, y no a través de sus formas propias de organización como permite el ordenamiento jurídico.

En el caso de **Colombia**, el derecho de los pueblos indígenas a la autonomía está plasmado en la Constitución de 1991, en particular a través de la figura de las entidades territoriales indígenas.¹⁹ Aunque estas entidades nunca fueron establecidas por la ley, los pueblos indígenas gozan a la fecha de algunos niveles de autonomía, la que ejercen principalmente a través de los resguardos, institución de origen colonial que constituye no solo una forma de propiedad colectiva indígena, sino también un espacio de gobierno indígena. La mayor parte de los resguardo han sido creados en años recientes a través del proceso de la reforma agraria.²⁰

La Constitución de 1991 reconoció que los resguardos son de propiedad colectiva y no enajenable (artículo 329). A través de diversas leyes, la figura de los resguardos, así como la de los cabildos, que son los órganos encargados de regular la vida local, distribuir la propiedad, asignar los castigos y orientar las decisiones del resguardo (Otero, 2006), han sido potenciadas en las últimas dos décadas como espacios de gobierno indígena. Así, el Decreto 1809 de 1993 confiere a los resguardos el estatus de municipios, para efectos de las transferencias de recursos públicos. El Decreto 1088, del mismo año, dispone que las asociaciones de cabildos son entidades de derecho público de carácter especial, con personería jurídica, patrimonio propio y autonomía administrativa (artículo 2). Leyes posteriores han fortalecido las atribuciones de estas entidades y de las autoridades indígenas en materia de salud y en materia de educación. (Moreno, 2007). La Ley N° 715 de 2001 estableció que los resguardos serían beneficiarios de los recursos públicos destinados a satisfacer necesidades de salud, educación preescolar, básica primaria y media, agua

potable, vivienda y desarrollo agropecuario de la población indígena. Además de ser montos muy exigüos, de acuerdo a esta ley estos serían administrados en cuentas separadas por el municipio en que se encuentra el resguardo, para lo cual deben celebrar un contrato con las autoridades del resguardo. Ello hasta que no se creen las Entidades Territoriales Indígenas previstas en la Constitución, a partir de lo cual recibirían estos aportes directamente.

A ello se suma la jurisprudencia de la Corte Constitucional de este país, la que ha reafirmado durante las últimas dos décadas el carácter autónomo de los resguardos frente al actuar del Estado. Ello al reconocer que las comunidades indígenas son sujetos colectivos de derecho y que en virtud de ello tienen derecho a determinar sus propias instituciones y autoridades de gobierno, así como darse sus normas, costumbres, proyectos de vida y a adoptar las decisiones internas y locales que estimen necesarias para la consecución de esos fines, aún en contradicción con la de otros órganos públicos.²¹ Al igual que en el caso de los derechos de participación política, sin embargo, la autonomía indígena se ha visto limitada en Colombia por el conflicto armado interno, el que afecta gravemente el control indígena de sus territorios. Otro problema es la relación de dependencia que, basada en el ordenamiento legal vigente sobre transferencias de recursos públicos, se establece con los municipios. En forma coincidente a lo señalado por William Villa en su artículo en este informe, el acceso a los recursos públicos por esta vía, lejos de reforzar la autonomía indígena, ha determinado que algunas autoridades indígenas se hagan funcionales al Estado, pasando a convertirse más en intermediarios, haciéndose partícipe de un ordenamiento administrativo y legal que no comparten. (Otero, 2006).

Finalmente en **México**, donde como señaláramos la reforma a la Constitución Federal de 2001 estableció el espacio municipal como uno privilegiado para el ejercicio del derecho a la autonomía indígena,²² existe un total de 803 municipios –del total de 2.428 que existen en el país– que por su composición étnica son considerados oficialmente como “municipios indígenas”. (CIESAS, 2007).²³ El estado de Oaxaca, con un 34% de población indígena, es aquel donde la participación política indígena en el espacio local municipal ha tenido más desarrollo. Ello se ha visto facilitado por la Constitución estatal (1990, reformada en 1995) que reconoce las formas de organización social, política y de gobierno indígena (párrafo 2 del artículo 16) y protege las prácticas democráticas utilizadas por éstos para la elección de sus ayuntamientos (artículo 25). También por el Código de Instituciones Políticas y Procesos Electorales del Estado del mismo año en que se establece la posibilidad de que sean considerados como tales aquellos que por decisión propia, o por mayoría de la asamblea comunitaria, opten por el régimen de usos y costumbres en la renovación de sus órganos de gobierno. A contar de estas reformas un porcentaje mayoritario de los municipios de Oaxaca –estado que concentra el 23% de los municipios del país– comenzó a utilizar este mecanismo para la elección de sus autoridades. En la actualidad 418 de los 570 municipios se rigen por el sistema de usos y costumbres reconocido por la normativa antes referida, en tanto que los 152 restantes se rigen por el sistema representativo. (Zegada, 2012).

Entre los problemas de la implementación práctica del sistema de usos y costumbres indígena en Oaxaca, destacan los intentos de instrumentalización por parte de los partidos políticos, los que a pesar de las limitaciones legales establecidas para estos efectos, han intervenido en ellos a través de distintos mecanismos.²⁴ Otro problema que les ha afectado ha sido el de la discrimina-

ción a la mujer indígena, cuyos derechos de participación política se han visto vulnerados en virtud de las prácticas consuetudinarias amparadas por la ley estatal.²⁵

Debe señalarse que en muchos otros estados de la región los derechos autonómicos no han tenido desarrollo alguno. Es el caso de Chile, Argentina y Brasil. También es el caso de Ecuador, donde la figura de las circunscripciones territoriales indígenas para el ejercicio de derechos de autonomía indígena inicialmente reconocida en la Constitución Política de 1998, y reafirmada por la Constitución de 2008, regulada el 2010 por el Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización el 2010, no ha tenido mayor desarrollo en la práctica. Ello no obstante las demandas de los pueblos indígenas para la creación de 10 circunscripciones en la Amazonía, correspondientes al mismo número de nacionalidades y pueblos que allí habitan. (Maldonado, Jijón 2011).

Reflexiones finales

Al igual que en materia de derechos territoriales, el Convenio 169 ha tenido una incidencia significativa en los avances verificados en el reconocimiento jurídico e implementación práctica de los derechos políticos indígenas en latinoamericana. En efecto, como se ha analizado aquí, tanto los derechos de los pueblos indígenas a participar en instituciones de representación popular que adoptan decisiones que les conciernen, como los derechos a la autonomía, ambos reconocidos en el Convenio 169, han tenido importante desarrollo en la región desde su aprobación. Ello, como también se ha señalado, no habría sido posible sin los procesos de movilización que los pueblos indígenas han llevado adelante en este tiempo en la casi totalidad de los países que la integran.

Con todo subsisten numerosos problemas que deben ser subrayados. En materia de derechos participatorios, la representación indígena en instancias del Estado no se da “*en la misma medida que otros sectores de la población*” (artículo 6.1.b), ya que esta es muy inferior al porcentaje demográfico de la población indígena. En los estados en que se han establecido mecanismos especiales para promover dicha participación, la intervención de los partidos políticos mayoritarios y los contextos de enfrentamiento armado, entre otros factores, han obstaculizan la participación política indígena. Por otro lado, persisten muchos estados en que los derechos de participación política de pueblos indígenas siguen sin ser reconocidos en el ordenamiento interno, así como tampoco existen políticas que lo incentiven. La jurisprudencia establecida en la sentencia de la Corte IDH en el caso *Yatama vs. Nicaragua* (2005) antes referida viene a establecer una directriz de gran relevancia en la materia para los estados de la región. Ello al conminarlos a reformar sus sistemas electorales, muchas veces restrictivos, a fin asegurar el derecho a la participación política de estos pueblos, tomando en cuenta sus tradiciones y costumbres, a través de sus propias organizaciones, y sin mediación de partidos políticos.

En materia de autonomía indígena, en tanto, destacan algunas experiencias iniciadas con anterioridad al Convenio 169, como las de Panamá y Nicaragua, las que se vieron potenciadas desde su aprobación. El Convenio 169 claramente incidió además en el reconocimiento constitucional y desarrollo legislativo de este derecho por diversos estados. Son muchos, sin embargo, los

problemas que siguen afectado su implementación efectiva, entre ellos, la ausencia de una regulación de figuras establecidas constitucionalmente para estos efectos –como las entidades territoriales indígenas de Colombia o las circunscripciones territoriales indígenas en Ecuador–, y la superposición de competencias de entes estatales por sobre la de los órganos autónomos indígenas, como en el caso de Panamá y Colombia. En otros casos, como el de Nicaragua, las autonomías más que ser de carácter indígena, son pluriétnicas para todos quienes viven en un territorio.

Otro problema común a muchas de estas autonomías, que requiere mayor atención es el de la ausencia de financiamiento público adecuado para el impulso de los planes de vida de los pueblos indígenas. Las mismas autonomías se ven afectadas, además, por planes de desarrollo y proyectos de inversión –muchas veces extractivos– definidos por los gobiernos, sin procesos de consulta y consentimiento libre, previo e informado indígena, todo lo cual afecta la posibilidad de los pueblos indígenas de definir sus propias prioridades en materia de desarrollo en sus territorios. Por último, al igual que en el caso de los derechos participatorios antes tratados, el derecho a la autonomía sigue sin tener desarrollo jurídico o político en una parte no despreciable de la región, situación que da cuenta de un evidente incumplimiento de este Convenio por diversos estados que lo han ratificado en América Latina. De gran importancia son en este sentido las directrices establecidas en la Declaración de Naciones Unidas, la que en su artículo 4 reconoce el derecho de libre determinación, y la autonomía en asuntos internos y locales como una expresión de este derecho. La adhesión de todos los estados de la región a ella debería llevar a una reforma de los ordenamientos internos y de la política pública con miras a hacer efectivos, más allá de la retórica, estos derechos. ○

Notas

- 1 José Aylwin. Es abogado, magister en derecho en la Universidad de British Columbia, Canadá. Es Co Director del Observatorio Ciudadano, ONG de promoción y defensa de derechos humanos. Es profesor del curso de Derechos Indígenas en la Universidad Austral de Chile. Autor de diversas publicaciones sobre la temática de los derechos humanos, ciudadanía, y derechos de los pueblos indígenas en Chile y el exterior, varias de ellas publicadas por IWGIA, entidad de la que es colaborador. Desde el 2013 integra el Consejo del Instituto Nacional de Derechos Humanos de Chile.
- 2 Este artículo está basado en parte en una investigación anterior del mismo autor sobre *Derechos políticos de los pueblos indígenas en Latinoamérica. Avances y desafíos*. (Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, México D.F., 2014).
- 3 Un caso extremo fue el de Brasil, donde hasta la CP de 1988 se consideraba a los indígenas como legalmente incapaces. En contraste con ello, en Bolivia los pueblos andinos a contar de 1979 pasaron a tener representación parlamentaria, llegando en 1985 a contar con el 5.09% del total de representantes en el Congreso Nacional (Cárdenas, 2011).
- 4 Tal Declaración fue aprobada por el voto favorable de la totalidad de los estados de la región, con la sola abstención de Colombia, país que adhirió a ella el 2009.
- 5 La Corte IDH ha reconocido la existencia de un *corpus juris* de los derechos de pueblos indígenas, el que está conformado por el conjunto de normas de derechos humanos que brindan protección especial a sus integrantes, contenidas en diversos instrumentos internacionales, incluyendo por cierto entre ellos el Convenio 169. (Corte IDH, Sentencia en caso *Yakye Axa vs. Paraguay* 2005a).
- 6 En dicho fallo la Corte IDH dispuso que el Estado de Nicaragua debía adoptar todas las medidas necesarias para garantizar el derecho de los indígenas a participar, en condiciones de igualdad, en la toma de decisiones en asuntos políticos, integrándose en los órganos estatales en forma proporcional a su población. Para ello dispuso que Nicaragua debía reformar su legislación electoral tomando en cuenta las tradiciones, usos y costumbres de los pueblos

- indígenas (párr. 256 y sigts). Junto con ello, la Corte IDH dispuso que los ciudadanos, en este caso indígenas, no solo pueden ejercer sus derechos de participación política a través de los partidos políticos, sino también a través de sus propias organizaciones, tomando en cuenta sus especificidades. (Corte IDH, Sentencia en caso *Yatama vs. Nicaragua* 2005(b) párr. 215). El Estado de Nicaragua, sin embargo, no ha dado cumplimiento a la fecha, más allá del pago de indemnizaciones, a las reformas ordenadas por la Corte IDH en esta sentencia.
- 7 De ellos, sin embargo, dos terceras partes fueron electos en listas del Movimiento al Socialismo (MAS), partido que obtuvo el 54% de los representantes en la Asamblea. (Rojo 2007).
 - 8 La Ley de Régimen Electoral N° 026, de 30 de junio de 2010, y la Ley del Órgano Electoral Plurinacional N° 018, de 16 de junio de 2010.
 - 9 A ellas se agregan 70 circunscripciones uninominales, nueve departamentales plurinominales para diputados, y nueve circunscripciones departamentales para senadores (artículo 50).
 - 10 El Senado quedó compuesto por 102 senadores, 100 por voto popular, más dos electos por los indígenas.
 - 11 La Cámara de Representantes está conformada por 166 miembros, 161 elegidos por circunscripción territorial y cinco por las circunscripciones especiales, una de ellas indígena.
 - 12 Las estimaciones de población indígena en el Ecuador van desde el 7% al 25% de la población total del país. (Maldonado y Jijón, 2011).
 - 13 Movimiento de Unidad Plurinacional Pachakutik-Nuevo País.
 - 14 Solo existe en la Asamblea Nacional una Comisión Legislativa Especial sobre Derechos Colectivos que trata sobre asuntos indígenas.
 - 15 Artículo modificado más tarde, el 2002, por la Ley N° 27.680.
 - 16 El Decreto Ley N° 20653 de 1974 sobre Comunidades Nativas.
 - 17 Así el Comité de Expertos de la OIT instó el 2009 al Estado peruano a aplicar el Convenio 169 a las comunidades campesinas que reúnen los requisitos del artículo 1, párrafo 1, del Convenio, independientemente de las diferencias o similitudes con otras comunidades, e independientemente de su denominación. (Organización Internacional del Trabajo, Comisión de Expertos, 2009, Reclamación de CGTP, Perú).
 - 18 Poder otorgado a dichos Consejos mediante reforma a la CP en 1995 (artículo 181).
 - 19 El artículo 286 de la CP reconoce los territorios indígenas y les otorga la calidad de entidades territoriales (ETI) para efectos político-administrativos. En su artículo 287, además, dota a estas entidades de autonomía para la gestión de sus intereses, disponiendo que éstas pueden gobernarse por sus propias autoridades, ejercer competencias que les corresponden, administrar recursos, establecer tributos y participar de las rentas nacionales, todo ello dentro del marco legal y constitucional. Los territorios indígenas, estarán gobernados por concejos conformados y reglamentados según sus usos y costumbres (artículo 330). Igualmente, reconoce a las autoridades de los pueblos indígenas funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial, estableciendo como límites a dicha jurisdicción, el que no sean contrarias a la misma CP y las leyes (artículo 246). La conformación de las entidades territoriales indígenas queda entregada a una ley orgánica de ordenamiento territorial.
 - 20 De acuerdo al Relator Especial de derechos indígenas de la ONU. James Anaya. al 2007 existían un total de 710 resguardos que ocupaban una extensión de 34 millones de hectáreas, equivalentes al 29.8% del territorio colombiano. (Anaya (Colombia), 2010).
 - 21 En la sentencia C-921/07, por ejemplo, la Corte Constitucional de Colombia sostiene que en virtud de lo anterior, las decisiones del resguardo deben primar sobre las de la entidad municipal al existir discrepancia entre ésta y aquellos, en cuanto al uso de recursos para el desarrollo de sus competencias propias.
 - 22 De acuerdo a Burguete (2008), la reforma del 2001 reconoció en su artículo 2 la “diversidad municipal” como un derecho constitucional, siendo por tanto este concebido como el espacio para el desarrollo de las autonomías sobre la base de los usos y costumbres.
 - 23 Se consideran como municipios indígenas aquellos que tienen 30% o más de población indígena.
 - 24 Algunos autores (Valdivia 2010) han resaltado los intentos del PRI de mantener la hegemonía histórica que tuviera en el Estado a través de diferentes mecanismos, como pactos electorales y otros.
 - 25 El caso más reconocido en este sentido es el de Eufrosina Cruz Mendoza, indígena zapoteca que el 2007 fue electa como alcaldesa del municipio de Santa María Quiévolani, siendo impugnada para el cargo en razón de los usos y costumbres. La Comisión Nacional de Derechos Humanos consideró que este hecho constituía una violación de los derechos humanos de las mujeres, instando a las autoridades de Oaxaca y México a modificar las leyes para dar amparo a los derechos de las mujeres en las comunidades indígenas.

Bibliografía

- Anaya, James (2010):** *La situación de los pueblos indígenas en Colombia: Seguimiento a las recomendaciones hechas por el Relator Especial anterior*. Naciones Unidas, A/HRC/15/34 8. Disponible en: <http://unsr.jamesanaya.org/esp/country-reports/situacion-de-los-pueblos-indigenas-en-colombia>
- Angosto, Luis (2012):** Participación y representación indígena en los procesos electorales venezolanos. *América Latina Hoy*, Nº 60, abril 2012, 153-182. Disponible en: <http://www.redalyc.org/src/inicio/ArtPdfRed.jsp?iCve=30823344008>
- Aparicio, Marco (2011):** *Pueblos indígenas y constitucionalismo: de la igualdad multicultural al diálogo entre iguales*. En Marco Aparicio (Ed.), *Los derechos de los pueblos indígenas a los recursos naturales y al territorio. Conflictos y desafíos en América Latina* (pp. 7-30). Barcelona: Icaria.
- Burguete, Aracely (2008a):** *Gobernar en la diversidad en tiempos del multiculturalismo en América Latina*. En Xochitl Leyva et al. (Coords.) *Gobernar en la diversidad: Experiencias indígenas desde América Latina. Hacia la investigación de co-labor* (pp. 15-64). México: CIESAS.
- (2008b)** *Municipios indígenas: por un régimen multimunicipal en México*. En *Alteridades*, Vol. 18, Núm. 35 (enero-junio 2008), 67-83. Iztapalapa, México: Universidad Autónoma Metropolitana. Disponible en: <http://redalyc.uaemex.mx/src/inicio/ArtPdfRed.jsp?iCve=74711467006>
- (2010)** *La representación política indígena en Chiapas: brechas en la implementación de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas*. Ponencia Coloquio Participación Indígena en los Procesos de Independencia y Revolución Mexicana, 22 de octubre de 2010, San Cristóbal de Las Casas, Chiapas. Comisión Nacional para el Desarrollo de los Pueblos Indígenas (CDI). (Inédita).
- Cameron, John. (2012):** *La Autonomía Indígena Originaria Campesina en Bolivia ¿Crónica de una muerte anunciada?* Disponible en: http://www.territorios.f Tierra.org/index.php?option=com_content&view=article&id=114:rair&catid=36:territorio&Itemid=30
- Castillo, Bernal. (2007):** *La participación política de los pueblos indígenas en Panamá: Una visión desde adentro*. En *Estudios sobre Participación política Indígena* (pp. 111-136). San José, Costa Rica: IIDH.
- Chumacero, Juan Pablo (2010):** *Trece años de reforma agraria en Bolivia. Avances, dificultades y perspectivas*. En Juan Pablo Chumacero (Coord.), *Reconfigurando territorios. Reforma agraria, control territorial y gobiernos indígenas en Bolivia* (Informe 2009) (pp. 11-38). La Paz, Bolivia: Fundación TIERRA.
- CIESAS (2007) (Equipo de Trabajo):** *Participación política indígena: El caso de México. Exploraciones Iniciales*. En *Estudios sobre Participación política Indígena* (pp. 85- 106). San José, Costa Rica: IIDH.
- Cárdenas, Víctor Hugo (2011):** *Participación política indígena y políticas públicas para pueblos indígenas en Bolivia*. En Víctor Hugo Cárdenas, et al., *Participación política indígena y políticas públicas para pueblos indígenas en América Latina* (pp. 18-64). La Paz, Bolivia: Fundación Konrad Adenauer.
- Chuecas, Adda (2007):** *Participación política de los pueblos indígenas en el Perú*. En Instituto Interamericano de Derechos Humanos, *Estudios sobre Participación política Indígena* (pp. 141-165). San José, Costa Rica: IIDH.
- CIDOB (2010):** Elecciones municipales y departamentales 2010. *Bolivia plurinacional*, Año 1/Nº 2 (julio 2010). Santa Cruz de la Sierra, Bolivia.
- González, Miguel (2012):** *A Las Puertas de Una Reforma Contenciosa: La Autonomía Regional en la Costa Caribe de Nicaragua 25 años después*. Ponencia VIII Congreso Internacional de la Red Latinoamericana de Antropología Jurídica (RELAJU), 22 al 26 de octubre de 2012, Sucre, Bolivia. (Inédita, citada con autorización del autor).
- Hooker, Juliet (2010):** *De la autonomía multiétnica a...? Supervivencia cultural, relaciones inter-étnicas, autogobierno y el modelo de autonomía en la Costa Atlántica de Nicaragua*. En Miguel González et al. (Coords.), *La autonomía a debate: autogobierno indígena y Estado plurinacional en América Latina* (177-198). Quito: FLACSO.
- Jurado Nacional de Elecciones (2012):** *Participación política de comunidades nativas y pueblos originarios del Perú*, Módulo de capacitación. Lima.
- Maldonado, Luis y Jijón, Víctor Hugo (2011):** *Participación política y ejercicio de derechos en los pueblos indígenas del Ecuador*. En Víctor Hugo Cárdenas et al., *Participación política indígena y políticas públicas para pueblos indígenas en América Latina* (pp. 171-213). La Paz, Bolivia: Fundación Konrad Adenauer.
- Moreno, María Camila (2007):** *La participación política de los pueblos indígenas en Colombia: desafíos y dilemas de la interculturalidad*. En Instituto Interamericano de Derechos Humanos, *Estudios sobre Participación política Indígena* (pp. 43-64). San José, Costa Rica: IIDH.
- Padilla, Guillermo (2011):** *Colombia: Violencia, interculturalidad y democracia*. En Víctor Hugo Cárdenas et al., *Participación política indígena y políticas públicas para pueblos indígenas en América Latina* (pp. 171-213). La Paz, Bolivia: Fundación Konrad Adenauer.

pación política indígena y políticas públicas para pueblos indígenas en América Latina (pp. 141-170). La Paz, Bolivia: Fundación Konrad Adenauer.

- Observatorio de Derechos de Pueblos Indígenas y otros (2014):** Informe de organizaciones de la sociedad civil y de pueblos indígenas referido al Examen Periódico Universal (EPU) de Chile por el Consejo de Derechos Humanos de Naciones Unidas. Disponible en: www.observatorio.cl
- Otero, Silvia (2006):** *Los conflictos de autoridad entre los indígenas y el Estado. Algunos apuntes sobre el Norte del Cauca. La integración política y económica de los indígenas a la vida de la Nación: logros, retos y resistencias.* Disponible en: <http://www.institut-gouvernance.org/fr/analyse/fiche-analyse-340.html>
- Ospina, Josué (2011):** *Análisis crítico de las políticas dirigidas a los pueblos indígenas de Panamá: Una mirada desde la participación política y la extrema pobreza.* En Víctor Hugo Cárdenas et al., *Participación política indígena y políticas públicas para pueblos indígenas en América Latina* (pp. 255-277). La Paz, Bolivia: Fundación Konrad Adenauer.
- Pinedo, Enith (2010):** Las cuotas de participación electoral en Perú. Características y algunos resultados. *Derecho Electoral*, 10 (segundo semestre 2010). Disponible en: <http://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/3635900.pdf>
- Rojo, Alfonso (2007):** *La participación indígena en Bolivia: refundar en clave de pluralidad.* En Víctor Hugo Cárdenas, *Estudios sobre Participación política Indígena* (pp. 13-41). San José, Costa Rica: IIDH.
- Sonnleitner, Willibald (2012):** *La representación legislativa de los indígenas en México: De la representatividad descriptiva, a una representación de mejor calidad.* México: Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación.
- Stavenhagen, Rodolfo (2006):** *Report of the Special Rapporteur on the situation of human rights and fundamental freedoms of indigenous people, Rodolfo Stavenhagen.** Addendum, United Nations, E/CN.4/2006/78/Add.5, 17 January 2006.
- Valiente, Aresio (2002):** *Derechos de los pueblos indígenas de Panamá* (San José, Costa Rica: Impresora Gossestra Intl.
- Yrigoyen, Raquel (2011):** *El horizonte del constitucionalismo pluralista: del multiculturalismo a la descolonización.* En César Rodríguez G. (Coord.), *El derecho en América Latina. Un mapa para el pensamiento jurídico del Siglo XXI* (pp. 139-159). Buenos Aires: Siglo XXI Editores.
- Zegada, María Teresa (2012):** Indígenas y mujeres en la democracia electoral. Análisis comparado. *Temas selectos de Derecho Electoral*, núm. 29. México DF: Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación.

Consulta previa – Una mirada a 25 años del Convenio 169

Miguel Vargas
Ian Miranda¹

La disputa por la propiedad de los recursos naturales, existentes en los territorios indígenas y los estados nación, ha marcado la relación con los pueblos indígenas durante los últimos 50 años. La implementación de políticas de asimilación, despojo y exterminio, en beneficio de proyectos de desarrollo extractivo de recursos naturales tales como minerales o hidrocarburos, ha sido constante, llegando a convertirse en prácticas cotidianas. Esta situación determinó la definición de estrategias para garantizar el control de sus territorios y el ejercicio de sus derechos fundamentales. La irrupción del movimiento indígena a nivel regional como actor social, en la década del 90, encuentra al Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo como una herramienta gravitante para la construcción de estrategias de resistencia social y legal.

El reconocimiento del Convenio 169 por los estados de la región, permitió la modificación de gran parte de los textos constitucionales posibilitando el reconocimiento de los territorios colectivos y otros derechos fundamentales para los pueblos indígenas, como la consulta previa. Fue asumido como un principio fundamental dentro del Convenio 169, ya que al momento de su promulgación, uno de los principales problemas identificados para los pueblos indígenas era la poca o ninguna oportunidad de expresar su opinión sobre la forma, el momento y la razón de medidas decididas o ya aplicadas que inciden de manera directa en su vidas.

El Convenio 169 estableció entonces, que la consulta debería realizarse siempre que se estudie, planifique o aplique cualquier medida susceptible de afectar directamente a los pueblos interesados, en los siguientes casos: enmiendas constitucionales; nueva legislación agraria; decretos relativos a los derechos sobre la tierra o procedimientos para obtener títulos sobre las mismas; programas y servicios nacionales de educación o de salud y toda política oficial que afecte a los derechos de los pueblos indígenas. En este sentido, observamos un elemento central que restringe el alcance del derecho a la consulta y el carácter de las decisiones emergentes de los procesos donde se desarrolla: la definición de los órganos responsables de la aplicación del Convenio 169 que establecen que el objeto de una consulta es alcanzar un acuerdo -consenso- o el consentimiento pleno y debidamente informado de los interesados. Denegando el derecho a los pueblos indígenas a vetar, es decir declarar vinculantes sus decisiones, respecto de una acción administrativa, jurídica, plan, programa o proyecto que atente contra sus derechos.

Para que la consulta previa se transforme en una garantía de los derechos indígenas, el Convenio 169 estableció una serie de principios. En ese contexto, los procesos de consulta previa en la región, se desarrollaron teniendo como principio que los mismos sean respondiendo a la *buena fe*, que además de estar expresamente previsto en el Convenio 169, se traduciría en que todo

proceso de consulta en el accionar del Estado y las comunidades. Debiendo realizarse de manera específica a cada circunstancia y a las características principales de un determinado grupo o comunidad. Así también, se estableció el respeto del principio de la *representatividad*, que definía la obligación para los estados de desarrollar procesos de consulta con las instituciones y organizaciones indígenas verdaderamente representativas. También se estableció que todo proceso de consulta se desarrolle mediante *procedimientos adecuados* (artículo 6.2 del Convenio 169). Para ello, se definía que todo proceso debía ajustarse a las exigencias propias de cada situación, siendo procesos útiles y transparentes.

En cuanto a la explotación de recursos naturales no renovables, fundamentalmente minerales, el Convenio 169 reconoció que, donde el Estado fuese propietario de los recursos naturales y tenga la facultad de efectuar desplazamientos de personas, será necesario permitir a los pueblos expresar sus opiniones sobre la forma de explotar los recursos en sus territorios. Para ello, definió que, durante el desarrollo de procesos de consulta, los pueblos indígenas interesados tengan la oportunidad de expresar sus preocupaciones. Esto representa como, lo ha expresado la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (en adelante Comisión IDH), la posibilidad que tienen los pueblos indígenas a “participar en la toma de decisiones sobre asuntos y políticas que inciden o pueden incidir en sus derechos desde sus propias instituciones y de acuerdo a sus valores, usos, costumbres y formas de organización”² como un derecho de participación política.

Estos elementos que determinaban un deber para los estados, en relación con los pueblos indígenas y las minorías étnicas poblacionales, sirvió para desarrollar cambios dentro de las constituciones y legislaciones secundarias en los países de la región. También sirvió para que los estados reconocieran este derecho con algunas restricciones, como por ejemplo, la posibilidad de incidir en el desarrollo de políticas públicas y proyectos de desarrollo de alto interés económico y político. Para los pueblos indígenas, esta posibilidad se caracterizó por el desarrollo de procesos contenciosos frente al Estado y constantes movilizaciones sociales, caracterizándose como una constante en los primeros años de la aplicación del Convenio 169.

Al hacer un análisis de la aplicación del Convenio 169 en la región, no podemos perder de vista el hecho de que, dieciocho años después de su aprobación, se cuente además con la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas de 2007 (en adelante la Declaración), instrumento que representa un avance en el reconocimiento del derecho de los pueblos indígenas. A diferencia del Convenio 169, cuya característica era reglamentaria y utilitaria, la Declaración asume la posibilidad que los pueblos indígenas sean partícipes plenos en las decisiones estatales que puedan afectarles, teniendo en especial consideración la *libre determinación* de los pueblos (artículos 3 y 4), lo cual debería permitir realización de consultas de *buena fe* (artículo 19 y 32.2) para obtener su consentimiento *libre, previo e informado* (artículos 10, 29, 32.2). Elementos que reconfiguraron durante la primera década del siglo XXI las reivindicaciones de los pueblos indígenas. Es decir, la consulta mutó para ser un derecho fundamental, respaldado por estándares internacionales, convirtiéndose en un derecho procedimental para alcanzar un consentimiento previo, libre e informado.

Así también, es necesario mencionar la jurisprudencia desarrollada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante Corte IDH), que ha establecido como fundamentales tanto

el derecho a la consulta como el consentimiento al momento de enfrentar la realización de planes, proyectos de desarrollo, inversión o la implementación de concesiones extractivas en territorios indígenas, cuando éstos afecten los recursos naturales. Por tanto, se ha establecido como regla general que la participación de los pueblos indígenas, a través de sus propias instituciones y formas de organización, es fundamental antes de la aprobación de planes o proyectos de inversión o desarrollo de los recursos naturales. Lo cual ratifica y amplía lo ya desarrollado por el Convenio 169. En los últimos 10 años, los mecanismos de control sobre la aplicación del Convenio 169, han establecido que la consulta no es un acto singular, sino un proceso de diálogo y negociación que implica la buena fe de los estados y los pueblos indígenas, con la finalidad de alcanzar un acuerdo mutuo. Por tanto, los procedimientos de consulta deben inclinarse a la obtención del consentimiento libre e informado de los pueblos y no limitarse únicamente a una notificación o a un trámite de cuantificación de daños ocasionados por los proyectos extractivos o de desarrollo. Este sea tal vez el mayor avance en cuanto al reconocimiento de la consulta previa como derecho angular de los pueblos indígenas.³

Asimismo, tanto la Corte IDH como el Relator Especial de Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas (en adelante Relator Especial) han desarrollado elementos importantes para entender y aplicar la consulta previa y que son necesarios al momento de hacer una retrospectiva de la aplicación del Convenio 169. En ello, se puede destacar la ratificación del deber que tienen los estados de prestar la debida consideración a los resultados de la consulta o, en su defecto, proporcionar motivos objetivos y razonables para no tomarlos en consideración. Además de desarrollar elementos que tienen que ver con la temporalidad de la consulta, al establecer que debe realizarse durante las primeras etapas del plan, proyecto de desarrollo o la actividad extractiva, el Relator Especial adujo lo siguiente:

[...] en todos los casos en que se aplique el deber de celebrar consultas su finalidad deberá ser obtener el consentimiento o el acuerdo de los pueblos indígenas afectados. De ahí que las consultas deban realizarse en las primeras etapas de la elaboración o planificación de la medida propuesta a fin de que los pueblos indígenas puedan verdaderamente participar e influir en el proceso de adopción de decisiones.⁴

En cuanto al desarrollo de los procesos de consulta, la Corte IDH ha definido que el deber estatal de consultar a los pueblos indígenas debe cumplirse de acuerdo con sus costumbres y tradiciones, a través de procedimientos culturalmente adecuados y teniendo en cuenta sus métodos tradicionales para la toma de decisiones. Esto, por tanto, constituye una regla de adecuación cultural de la consulta, que exige que la representación de los pueblos indígenas sea definida de conformidad con sus propias tradiciones. Respecto a los estándares internacionales, la jurisprudencia de la Corte IDH, ha corroborado que la consulta debe ser informada, en el sentido de que los pueblos indígenas deben tener conocimiento de los posibles riesgos ambientales y de salubridad, a fin de que acepten el plan de desarrollo o inversión propuesto, con conocimiento, y de forma voluntaria. Ello implica que el Estado acepte y brinde información y establezca canales de comunicación constantes entre las partes, lo cual se vincula al carácter informado de la consulta, elemento vin-

culado a la obligación de llevar a cabo estudios de impacto social y ambiental con carácter previo a la ejecución de planes de desarrollo o inversión o de concesiones extractivas susceptibles de afectar a los pueblos indígenas. La jurisprudencia también establece el derecho a participar en los procesos de toma de decisiones relacionados con: planes o proyectos de inversión y desarrollo; concesiones extractivas; derecho al acceso de información. Estos elementos respaldan y acrecientan la capacidad de las personas para salvaguardar y reivindicar los derechos a la vida e integridad personal en situaciones de riesgo ambiental.

Bajo estas características y 25 años después de adoptado este instrumento, hoy es necesario realizar un balance respecto de su aplicación y su impacto en la relación entre los estados y las comunidades indígenas. En el presente ensayo, realizaremos una retrospectiva sobre los cambios legales ocurridos luego de la aprobación del Convenio 169 en 1989, la aplicación del derecho a la consulta previa y sobre la vida de las comunidades indígenas que se encuentran en un escenario de constante amenaza por las empresas que extraen recursos naturales. Para ello, se desarrollará un análisis de los principales cambios en las constituciones y normativa específica de Colombia, Ecuador, Perú y Bolivia; así como de casos emblemáticos para la aplicación de la consulta previa.

Reformas constitucionales y legales en aplicación de la consulta previa

El ciclo de reformas constitucionales latinoamericanas, en garantía y defensa de los pueblos indígenas, tiene como prolegómeno el Convenio 107 de la OIT de 1957, documento que dejaría de ser relevante para la comunidad internacional tras la promulgación del Convenio 169 de la OIT de 1989, que desarrolló en sus contenidos el mecanismo de la consulta previa. De esta manera, el Convenio 169 instauró un *statu quo* entre los gobiernos nacionales y los pueblos indígenas: la consulta previa constituiría un mecanismo de participación democrática de los pueblos indígenas en las decisiones gubernamentales, en caso de afectación directa e indirecta, teniendo una consideración especial sobre el derecho a la tierra y los recursos naturales⁵ –objeto de relevancia para este derecho.

Bajo la nueva pragmática de los estados americanos, Raquel Yrigoyen⁶ distingue tres ciclos en los procesos constitucionales, el segundo de estos ciclos deriva de la incorporación de derechos reconocidos por el Convenio 169, desarrollando los conceptos de *Nación multiétnica* y *Estado pluricultural*, donde supone el reconocimiento de las autoridades indígenas, sus funciones jurisdiccionales y sus territorios.⁷

La *plurinacionalidad*, constituye el tercer ciclo de las reformas constitucionales latinoamericanas, modalidad adoptada por Ecuador (2008) y Bolivia (2006-2009), poniendo en la palestra un modelo pluralista legal e igualitario basado en la convivencia intercultural. Es en este contexto, que ambos países, apoyándose en el Convenio 169 y la Declaración, reconocen el derecho a la consulta previa como un derecho fundamental para las naciones y pueblos indígenas.

Colombia

La Constitución colombiana de 1991 reconoce, en el artículo 330, que “[...] la explotación de los recursos naturales en los territorios indígenas se hará sin desmedro de la integralidad cultural, social, económica de las comunidades indígenas. En las decisiones que se adopten respecto de dicha explotación, el Gobierno propiciará la participación de los representantes de las respectivas comunidades”. Como es de entender, el Estado colombiano es propietario de los recursos naturales no renovables, mientras que los recursos naturales renovables son de “propiedad del dueño de la tierra y sobre la cual se operaran las limitaciones que imponen las función social y ecológica”,⁸ en este sentido, las comunidades indígenas son titulares de los recursos naturales habidos en sus territorios.

Además, Colombia desarrolló una normativa legal secundaria, como la Ley N° 99 de 1993, norma que reconoció la consulta en comunidades indígenas y afrocolombianas en caso de explotación de recursos naturales; a su vez, el Decreto N° 1.397 de 1996 estableció la obligación de desarrollar procesos de consulta respecto a cualquier proyecto que se lleve a cabo en territorios indígenas. Finalmente, el grave conflicto por la construcción y puesta en funcionamiento de una represa en territorio del pueblo emberá katío del Alto Sinú, cuyo proceso fue realizado sin consulta previa, motivó la promulgación del Decreto N° 1.320 de 1998, que regularía el proceso de consulta en territorio emberá katío.⁹

Al margen de no contar con una normativa sólida en cuanto a este derecho, Colombia ha gestado precedentes constitucionales de gran relevancia en defensa de los pueblos indígenas. Las sentencias T-428 de 1992 y SU-383 de 2003 de la Corte Constitucional de Colombia, establecieron que los derechos o intereses de progreso social no pueden ir en contra de los derechos colectivos de los pueblos indígenas. Por otra parte, la sentencia SU-039 de 1997, representó una de las más importantes jurisprudencias de la región, estableciendo la consulta previa como un derecho fundamental de los pueblos indígenas, con el fin de lograr el consentimiento de los pueblos.

Ecuador

Paralelo a la ratificación del Convenio 169 en 1998, Ecuador reformó su Constitución, estableciendo el derecho de los pueblos indígenas y afroecuatorianos a “ser consultados sobre planes y programas de prospección y explotación de recursos naturales”. Diez años más tarde, la nueva Constitución de 2008, en el numeral 7 del artículo 57, reconoce la consulta a pueblos indígenas, estableciendo que debe ser *previa, libre e informada dentro de un plazo razonable*, sobre explotación de recursos no renovables. Asimismo, el párrafo 17 del artículo 57 dispone realizar *consultas prelegislativas* antes de adoptar medidas que afecten derechos colectivos de pueblos indígenas, no obstante, aún no se ha reglamentado esta modalidad de consulta.¹⁰

A pesar del reconocimiento de la consulta previa a los pueblos indígenas, los constituyentes ecuatorianos dispusieron, en el artículo 398 de la Constitución, que en el caso de acciones o decisiones del Estado que atenten contra el medioambiente, procede la consulta general a toda la

ciudadanía susceptible a ser afectada. Este artículo soslaya a los pueblos indígenas en el ejercicio del derecho a la consulta previa; puesto que delimita el proceso de consulta a la ciudadanía, sin hacer hincapié a los derechos colectivos de los pueblos indígenas. Además, el artículo 398 otorga la potestad al Estado de ejecutar o no los proyectos que puedan afectar al medioambiente, en caso de oposición mayoritaria de los proyectos estatales.

En cuanto a la legislación secundaria, Ecuador cuenta con un exiguo material normativo referente a la consulta previa. Se destacan: la Ley de Gestión Ambiental, con los artículos 28 y 29, cuyos enunciados no contemplan una consulta previa a pueblos indígenas, sino a personas jurídicas y naturales sobre medidas ambientales que puedan afectarles; y la Ley de Minería, la cual establece en el artículo 90, mecanismos de consulta como derecho medioambiental y no como derecho colectivo de los indígenas, a pesar de ser nominado como *consulta a los pueblos*, que está sujeta al artículo 398 de la Constitución. La consulta, en la legislación ecuatoriana, no viabiliza los mecanismos para lograr un consentimiento por parte de los pueblos indígenas. Como veremos más adelante, la consulta previa es considerada como un proceso sumario para posibilitar proyectos de extractivismo de materias primas, desconsiderando las máximas de la Declaración: buena fe, consentimiento libre, previo e informado.

Perú

Perú ratificó el Convenio 169 a finales de 1993, entrando en vigencia en febrero de 1995. Posteriormente, promulgó la Ley General de Medioambiente en 2005, desarrollando el derecho a la consulta –aunque sin reglamento– en comunidades indígenas. Ante la necesidad del reconocimiento de este derecho y por consecuencia de movilizaciones sociales que desembocaron en la masacre de Bagua, se promulgó la Ley de Consulta Previa en agosto de 2011. Pese a la participación de las organizaciones indígenas en el diseño de la ley, sus contenidos fueron sometidos a cambios de fondo, a consecuencia de posiciones extremas promovidas por operadores y autoridades de los poderes del Estado, quienes consideraban la consulta como un simple derecho accesorio. Esto aconteció, porque a criterio de los operadores del Estado, los derechos indígenas se sobreponen a los derechos de los demás ciudadanos. Esta posición fue rechazada por las organizaciones indígenas, que planteaban precisamente lo contrario; es decir, la obligación moral del Estado peruano a reconocer los derechos colectivos de los pueblos indígenas.

Las organizaciones indígenas fueron críticas respecto al contenido de la ley. El fundamento a esta oposición partía de la necesidad manifiesta de las comunidades a ser consultadas cuando las afectaciones sean directas o indirectas; demandando que la integralidad de los derechos de pueblos indígenas tenga un reconocimiento igualitario. Se observó la limitación de consultar solo a indígenas descendientes directos (originarios) que conserven la totalidad de sus elementos culturales, excluyendo a campesinos y pueblos costeros; y reprocharon el hecho de no regular el consentimiento, ni precisar cuál sería la decisión final del Estado sobre el consentimiento de los pueblos indígenas; finalmente, cuestionaron la potestad creada a favor del Viceministerio de Intercul-

turalidad, transformándose en *juez y parte* de los reclamos y petición de garantías en el cumplimiento de los acuerdos otorgados por la consulta.

Bajo este antecedente, el proceso de reglamentación no fue desarrollado en un ambiente de confianza entre el Estado y las organizaciones indígenas. Así como ocurrió con la ley, el Gobierno no tomó en consideración las recomendaciones y peticiones orgánicas de las organizaciones indígenas.¹¹

Finalmente, el reglamento de la Ley de Consulta fue promulgado por el Decreto Supremo N° 001-2012-MC del 2 de abril de 2012, sin adecuarse a los estándares internacionales. Se buscó maximizar los intereses estatales para facilitar la inversión económica de entes privados sobre los recursos naturales en territorios indígenas, sin rescatar las demandas de sus legítimos dueños. Asimismo, se condicionó el desarrollo de los procesos de consulta a un plazo de 120 días, posibilitando realizar consultas después de otorgar concesiones de explotación en territorios indígenas; por último, se exoneró de los procesos de consulta cuando se trate de medidas que “favorezcan” a los pueblos indígenas en servicios públicos, salud y educación, ya que serían decididas unilateralmente por el Estado. Los agentes estatales peruanos desconocieron el contenido de la Declaración, tratando de instrumentalizar la consulta y sus principios en la reglamentación de la Ley de Consulta, la misma que además no consideró como fundamento jurídico el derecho fundamental a la *libre determinación* de los pueblos indígenas de asumir o no la propuesta gubernamental.

Bolivia

Bolivia es uno de los países que más ha avanzado en lo que respecta al reconocimiento de los derechos de los pueblos indígenas. La ratificación de Convenio 169, mediante la Ley N° 1.257 del 11 de julio de 1991, permitió la incorporación de dos artículos a la Constitución Política del Estado, reformada en 1995, con los cuales se reconocieron los derechos sociales, económicos y culturales de los pueblos indígenas que habitan en el territorio nacional. Bolivia, en dicha Constitución, se definió, en el artículo 1 como *multiétnica y pluricultural*; y, en el artículo 171, reconoció a los territorios indígenas bajo la figura de Tierras Comunitarias de Origen (TCO), otorgando a los pueblos indígenas el derecho de uso y aprovechamiento sostenible de los recursos naturales existentes en las TCO, además del reconocimiento de autoridades indígenas en la administración de justicia. Se reconoció también la personería jurídica de las organizaciones indígenas. A su vez el Código de Minería de 1997 ratificaría lo dispuesto en el artículo 171 de la Constitución y a las disposiciones contenidas en el Convenio 169. A pesar del reconocimiento en el sector minero de los derechos indígenas, su ejercicio no fue consolidado, puesto que no hubo una voluntad política (2003-2007) para desarrollar instrumentos reglamentarios que permitiesen el ejercicio de los derechos colectivos, especialmente la consulta previa.¹²

Los pueblos indígenas de Bolivia, al igual que otros de la región, consideran a las industrias hidrocarburífera y minera como los ejes temáticos para el debate de la consulta en el proceso legislativo. Pese a las negociaciones infructuosas de 2002,¹³ las organizaciones indígenas sentaron las bases para negociar una nueva Ley de Hidrocarburos, buscando el reconocimiento del dere-

cho a la consulta previa; participación en los beneficios por la explotación de los recursos hidrocarbúricos; el derecho a la compensación e indemnización; seguimiento y control ambiental; intangibilidad de sitios sagrados y áreas de especial valor natural y cultural; y, la compensación por expropiaciones y servidumbres.

Ante la insatisfacción de las organizaciones indígenas y campesinas, la ONU, a través del Comité para la Eliminación de Toda Forma de Discriminación (CERD, por sus siglas en inglés) expresó su preocupación ante los conflictos causados por concesiones mineras y petroleras en territorios indígenas, convocando “al Gobierno boliviano a reconocer y proteger los derechos de los pueblos indígenas [...] y donde hayan sido impedidos de su consentimiento previo e informado, se adopten medidas para devolver esas tierras y territorios”.¹⁴ Luego de varias discusiones con las organizaciones indígenas y campesinas, y por las consideraciones del CERD, el 17 de mayo de 2005 el Gobierno de turno promulgó la Ley N° 3.058 de Hidrocarburos, norma que marcaría un hito histórico en el reconocimiento de los derechos colectivos de los pueblos indígenas por parte del Estado boliviano al incluir en su contenido un Título de Derechos de los Pueblos Indígenas.¹⁵

La Ley de Hidrocarburos reconoce el deber del Estado de consultar a los pueblos indígenas y originarios, con la finalidad de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento, mediante procedimientos adecuados y de manera obligatoria para determinar las decisiones de los pueblos indígenas sobre las actividades hidrocarbúricas en sus territorios (artículo 115 de la Ley N° 3058). Posteriormente, instó a la necesidad de operativizar y reglamentar cada uno de los derechos reconocidos en la Ley N° 3.058. Por este motivo, el Gobierno de Evo Morales promulgó, en febrero de 2007, el Decreto Supremo N° 29.033. El objeto del Decreto consistió en establecer los procedimientos para el proceso de consulta y participación de pueblos indígenas, originarios y comunidades campesinas, cuando se pretendan desarrollar actividades hidrocarbúricas en TCO, propiedades comunarias y tierras de ocupación y acceso (D.S. N° 29.033, artículo 1). El Decreto representaría un salto cualitativo en el reconocimiento de los derechos de los pueblos indígenas, permitiendo reconocer la territorialidad y principios del Convenio 169 sobre la consulta previa, usos y costumbres.

Siete años después, con la promulgación de la Constitución de 2009, se reconoce el derecho a la consulta previa en el artículo 30 parágrafo II numeral 15. Este derecho, reconoce la obligación del Estado a desarrollar consultas ante medidas legislativas o administrativas que pudieran afectar a los pueblos indígenas, reconociendo los estándares establecidos por la Declaración y determinando los elementos de ser *previa, obligatoria, de buena fe y concertada*. Igualmente, se instituye la participación en los beneficios de explotación de recursos naturales dentro de su territorio, pudiendo aprovecharlos exclusivamente [únicamente los recursos renovables].¹⁶ Bajo la nueva Constitución y el D.S. N° 29.033, normas garantistas y en defensa de indígenas y campesinos (artículos. 30, 352 y 403 de la Constitución), el derecho a la consulta fue apropiado con celeridad por las comunidades de tierras bajas “quienes durante bastante tiempo inclinaron todos sus esfuerzos para contar con un instrumento que permita ejercer el derecho a la consulta y participación”.¹⁷ Entre estas organizaciones se puede destacar a la Asamblea del Pueblo Guaraní (APG), que con sus 26 Capitanías zonales fue una de las que impulsó el cumplimiento del Decreto Supremo, así como la Central de Pueblos Indígenas del Norte de La Paz (CPILAP), que durante 2009 y

2010 realizó reiteradas denuncias por el mal desarrollo del proceso de consulta y participación, especialmente al pueblo mosetén, realizado en el marco del proyecto exploratorio Lliquimuni. En el caso de tierras altas, el caso más paradigmático es el del proyecto hidrometalúrgico de Corocoro, en el que la organización originaria Jach'a Suyu Pakajaqi exigió al Gobierno el cumplimiento de la consulta y participación.

Consulta previa en Latinoamérica: tensiones y conflictos en su aplicación

Colombia

Los pueblos emberá katio y u'wa, defendiendo sus derechos, instaron al Gobierno a promulgar un reglamento de consulta previa. Ante la compleja coyuntura, el Poder Ejecutivo colombiano promulgó el Decreto N° 1.320 de 1998, el cual fue declarado inconstitucional por la Corte Constitucional, por ser contrario al Convenio 169 y a la Constitución de 1991. El Decreto permitía realizar proyectos en territorios reconocidos a los pueblos indígenas, a sola certificación de Licencia Ambiental. Gavaldá¹⁸ denunció la falta de consulta previa por parte de la empresa ARCO, la cual en abril de 1998 había obtenido una Licencia Ambiental en territorio u'wa; sin haberse efectuado la consulta a las comunidades existentes en la zona. A su vez, los u'wa tuvieron otro conflicto similar, con la Occidental Petroleum (Oxy), ante el otorgamiento de una licencia de exploración por parte del Gobierno, donde Oxy negó la existencia de comunidades en el área del proyecto,¹⁹ sin dar a lugar la consulta previa. Asimismo, la empresa afirmaba haber consultado a las comunidades, afirmando tener un documento que certificaba reuniones con los comunarios para realizar los trabajos de explotación. No obstante, los u'wa descalificaron las afirmaciones de la petrolera. Por este motivo, la Corte Constitucional conminó a la petrolera realizar un proceso de información a las comunidades u'wa, mientras que el Estado asumiría la responsabilidad de realizar la consulta previa. El Consejo de Estado, adujo que “el interés nacional y el derecho del Estado a disponer sus recursos limita los derechos constitucionales de los pueblos indígenas”,²⁰ por este motivo no aplicó lo dictado por la Corte. Ante esta decisión la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (en adelante la Comisión IDH) recomendó al Estado colombiano, realizar un proceso de consulta adecuado, apegado a los tratados ratificados en defensa de los pueblos indígenas.

El pueblo emberá katio sufrió similares vejámenes por parte del Estado y las empresas mineras. Betancur y Jaramillo²¹ identificaron como problema que genera constantemente el Gobierno y las empresas mineras: la cooptación de dirigentes indígenas. El Estado, según Jaramillo, prefiere negociar con dirigentes susceptibles de ser cooptados, para eludir la decisión legítima de las organizaciones.²² Asimismo, Betancur señala que el Gobierno instrumentaliza la consulta mediante la cooptación a través de vínculos contractuales o entrega de prebendas a los dirigentes y sus comunidades, y cuando esto no da resultado el Estado “procede a desconocer o deslegitimar a las autoridades tradicionales, a reconocerle investidura para concertar a personas de la comunidad proclives a la empresa y a dividir la organización”.²³ El problema de la cooptación y el soborno a dirigentes indígenas fue padecido por el pueblo emberá katio del Alto Sinú, con el proyecto Mandé

Norte en 2005. Los años 2006 y 2007 se realizaron reuniones con autoridades indígenas con la empresa Muriel Mining Corporation (MMC). En ese contexto, dicha empresa sobornaba a algunos dirigentes para proceder con el megaproyecto de minería. A pesar de esto, el Ministerio del Interior siguió con el proceso de consulta, permitiendo en 2008 la instalación de la MMC sin proceder con las normas consuetudinarias del pueblo emberá. Además de haber iniciado las actividades mineras a cielo abierto, se constató el riesgo de desplazamiento forzado y militarización en el territorio emberá katío,²⁴ atentando contra el principio de la libre determinación de los pueblos. Estas acciones motivaron el pronunciamiento de la Corte Constitucional, que a través de la Sentencia T-769 de 2009, obligó a la empresa paralizar sus actividades en Mandé Norte.

Ecuador

En Ecuador, la empresa petrolera Compañía General de Combustibles S.A. (CGC), previo a la fase de prospección sísmica, intentó en reiteradas ocasiones gestionar la entrada al territorio del pueblo sarayaku y conseguir su consentimiento para la exploración petrolera. En mayo de 2000 representantes de la empresa visitaron el pueblo sarayaku ofreciéndoles USD\$ 60.000,00 para obras de desarrollo y 500 plazas de trabajo. Dicha propuesta fue rechazada en Asamblea General de los sarayaku. A pesar de la negativa, la empresa obtuvo la aprobación del Plan de Manejo Ambiental y de Monitoreo para las actividades de prospección sísmica por parte del Ministerio de Energía y Minas, exonerando la necesidad de realizar una consulta previa.

Este caso fue llevado a la Comisión IDH en 2003, la que solicitó a Ecuador medidas cautelares a favor del pueblo sarayaku, las cuales fueron parcialmente cumplidas por el Estado. El 27 de junio de 2012 la Corte IDH, luego de casi una década de conflicto, responsabilizó al Estado ecuatoriano por la violación del derecho a la consulta, propiedad comunal, e identidad cultural; por poner en riesgo la vida e integridad personal de los comunarios del pueblo sarayaku en las fases de exploración de la empresa –por la introducción y uso de explosivos cerca de las comunidades indígenas–; y por la violación de los derechos a las garantías judiciales y a la protección judicial.²⁵ Finalmente, la Corte IDH sentenció que el Estado ecuatoriano está obligado a realizar una consulta previa, adecuada y efectiva en caso de que se pretenda realizar proyectos de extracción de recursos naturales en territorio sarayaku; adoptar medidas legislativas necesarias para aplicar el derecho a la consulta; y, resarcir los daños provocados al pueblo sarayaku.

Por otra parte “las tensiones entre el Gobierno del Presidente Correa y el movimiento indígena son muy fuertes, a tal punto de que no se puede hablar de un bloque popular-plurinacional”²⁶ puesto que el Presidente considera que la dirigencia indígena es corrupta y se opone al modelo de desarrollo impulsado por el Estado. No obstante el discurso ambientalista del Gobierno ecuatoriano, que incluso había llegado a comprometer dejar bajo suelo los 850 millones de barriles de crudo en el Parque Amazónico Yasuní, éste decidió llevar adelante actividades de exploración y explotación en el mencionado parque sin realizar los debidos procesos de consulta con las comunidades no contactadas que habitan el lugar, contrariando la Constitución y al Convenio 169.

Paralelo a esto, la Fundación Pachamama, organización que acompañó al pueblo sarayaku en el proceso ante la Corte IDH, ha sido disuelta por el Gobierno ecuatoriano el 4 de diciembre de 2013, debido a denuncias por “injerencias políticas y públicas atentando contra la seguridad del Estado”.²⁷ La Fundación Pachamama, contestataria de las políticas extractivistas del Gobierno, ha venido apoyando en la promoción y respeto de los derechos de los pueblos indígenas en Ecuador, además de haber colaborado con las demandas por consulta previa. Bajo estos motivos, la pragmática del Gobierno ecuatoriano ha venido abordando el tema de la consulta previa, complejizando la relación con las organizaciones que promueven el cumplimiento de este derecho, llegando a considerar la consulta como un perjuicio para la expansión desarrollista de Ecuador.

Perú

La aprobación de la Ley N° 29.157 permitía modificar leyes para viabilizar la implementación del Tratado de Libre Comercio (TLC) con Estados Unidos de Norte América. Frente a la promulgación de esta ley, los pueblos indígenas protestaron por no haber sido consultados debidamente, puesto que el TLC permitiría promover la privatización de tierras en la Amazonía; esta ley también regularía el aprovechamiento de recursos naturales, imponiendo un obstáculo en el derecho a la consulta previa.²⁸ El principal problema jurídico de los decretos N° 1.090 y N° 1.064, que regularían la Ley N° 29.157, consiste en omitir la consulta antes de su aprobación, adoleciendo un vicio de nulidad sustancial. Este conflicto tuvo como consecuencia el fallecimiento de 33 personas (23 policías, 5 pobladores y cinco indígenas) en una confrontación en la zona denominada “Muela del Diablo”, el cinco de junio de 2009, conocida como la crisis de Bagua o “Baguazo”. El gran impacto social, político, nacional e internacional que genera el Baguazo y la presión de las propias organizaciones movilizadas, encabezadas por la Asociación Interétnica de Desarrollo de la Selva Peruana (AI-DESEP), devino a elaborar la propuesta de Ley Marco de Consulta y la reglamentación de la ley; como vimos anteriormente, la reglamentación mantiene un punto de conflicto, al no garantizar un proceso de consulta pleno. Según Agurto,²⁹ el rechazo de las organizaciones indígenas, agrupadas en el Pacto de Unidad, al Reglamento de la Ley de Consulta Previa, se debió a que en él se introdujeron contenidos que no fueron discutidos con las organizaciones. Ello, en especial relación al momento en que se debe realizar la consulta, toda vez que el Gobierno estableció en el artículo 6 del reglamento la posibilidad de realizarla después de una concesión, violando el carácter previo que dicho proceso debe tener, y el principio de oportunidad para brindar o no el consentimiento del pueblo indígena sujeto a la consulta.

Otro conflicto se produjo en la Zona Reservada Güeppí /Lote 117, Zona establecida mediante Decreto Supremo N° 003-97-AG el 7 de abril de 1997, ubicada al extremo norte del Perú y compartiendo fronteras con Ecuador y Colombia. Esta reserva fue creada sin consultar con los pueblos que habitan dicha Zona. Ante esta irregularidad, el Estado gestó un proceso de consulta que concluyó el 31 de marzo de 2006, signando el “Acuerdo de Pantoja”. En el Acuerdo se dio la categoría definitiva de Zona Reservada y se propuso constituir en ella el *Parque Nacional Güeppí-Sekime*. No obstante, el 16 de mayo de 2006 el Gobierno aprobó el Contrato de Licencia para

Exploración y Explotación de Hidrocarburos con Petrobras Energía Perú S.A., quien en 2010 cedió su contrato a Ecopetrol del Perú S.A. e Inpez North Peru Ltda. La categorización de Zona Reservada, finalmente, fue realizada el 25 de octubre de 2012 ante el Ministerio de Medio Ambiente. Sin embargo, la disposición del Lote 117 como zona de hidrocarburífera, aún persiste, generando inseguridad en el lugar. Este caso es emblemático, ante la perenne conflictiva los derechos vulnerados, que desde un inicio, fue el derecho a la consulta.³⁰

Bolivia: el caso TIPNIS

Gobiernos anteriores al de Evo Morales formularon una serie de decretos que efectivizarían el resguardo de las comunidades indígenas situadas en el Territorio Indígena Parque Nacional Isiboro Sécore (TIPNIS), protegido desde la presidencia del General Barrientos por el Decreto Ley N° 07401 de creación del Parque Nacional Isiboro-Sécore. Posteriormente, y como resultado de la 1ª Gran Marcha Indígena “Por el Territorio y la Dignidad”, el Presidente Jaime Paz Zamora se vio obligado, por la movilización, a adoptar el Decreto Supremo N° 21.610, el cual reconoció al TIPNIS como Territorio Indígena, considerando la presencia de los pueblos mojeño, yuracaré y chimán y manteniendo la categoría de Parque Nacional.

Como antecedente, referente a la consulta previa en Bolivia, el Programa Regional de Consolidación de Territorios Indígenas, en coordinación con los pueblos indígenas del TIPNIS, elaboraron una propuesta de consulta y participación indígena ante operaciones petrolíferas en los bloques Chapare y Sécore. La propuesta fue elaborada por la preocupación de los indígenas del TIPNIS debido a las actividades de exploración sísmica de la compañía internacional REPSOL, responsable del contrato N° 202/94 de operaciones petrolíferas para el bloque Sécore. En mayo de 1995, REPSOL había ingresado al TIPNIS, aduciendo acuerdos previos con las organizaciones indígenas que nunca tuvieron lugar. Frente a esta situación, los pueblos indígenas del TIPNIS, a inicios de julio del mismo año, intervinieron las actividades de exploración sísmica de la compañía, pues el Estado boliviano y la firma operadora habían desconocido los derechos de consulta y participación.³¹

Dieciséis años más tarde de la experiencia de consulta en el TIPNIS, el 3 de junio de 2011, el Presidente Evo Morales anuncia la construcción de la carretera “Villa Tunari-San Ignacio de Moxos”, atravesando el centro del TIPNIS. Ante el rechazo a la carretera de las organizaciones representantes de los pueblos que viven en el TIPNIS (Subcentral TIPNIS) y el resto de las regionales de la Confederación de Pueblos indígenas de Bolivia (CIDOB), denunciando –entre otras violaciones– la no realización de la consulta sobre el proyecto, el Gobierno decidió llevar adelante la construcción, “quieran o no quieran los indígenas”.³² Frente a esta situación varias organizaciones indígenas plantearon a la CIDOB realizar una marcha en defensa de sus derechos. El 15 de agosto de 2011, parte desde Trinidad-Beni la “VIII Marcha Indígena” hacia la ciudad de La Paz. A pesar del carácter pacífico de la movilización y ante varios intentos fallidos de diálogo entre marchistas y los ministros enviados a negociar, el 25 de septiembre es intervenida la marcha con un importante contingente de la policía boliviana en zona de Chaparina, a 200 kilómetros de la ciudad

de La Paz. La difusión de las imágenes de la represión, así como del secuestro de los marchistas en buses contratados por el Gobierno, separando madres y padres de sus hijos, quienes quedaron abandonados en la carretera, generó de inmediato un repudio generalizado por la sociedad boliviana y la comunidad internacional.

Como consecuencia de la multitudinaria llegada de los marchistas a La Paz, el Presidente tuvo que promulgar la Ley N° 180, la cual además de prohibir la construcción de la carretera por el TIPNIS, dispuso la *intangibilidad* del Parque Isiboro-Sécure. En efecto, en el artículo 4 de la ley se “recoge una interpretación completamente arbitraria y exagerada de la intangibilidad [la cual], prohíbe, en los hechos, prácticamente cualquier actividad económica en el TIPNIS, incluso la de los propios indígenas”.³³ No obstante, y pese a la declaratoria de intangibilidad del TIPNIS, el Gobierno de Morales promulgó la Ley N° 222 de Consulta en el TIPNIS.³⁴ Esta norma permitiría realizar una consulta a los comunarios del Isiboro-Sécure, para definir la intangibilidad de su territorio.³⁵ La reacción de las organizaciones indígenas no se hizo esperar y el 27 de abril de 2012 iniciaría la “IX Marcha Indígena”, llegando el 27 de junio a La Paz, la cual fue infructuosa por la falta de voluntad política del Gobierno a escuchar las demandas de los pueblos indígenas de Tierras Bajas. Pese a la Sentencia Constitucional N° 300/12, que resolvió la constitucionalidad de la *consulta*, previa concertación con las organizaciones indígenas del TIPNIS en cuanto a los plazos y mecanismos para proceder, el Gobierno no aceptó el fallo emitido por el Tribunal Constitucional, comenzando con el proceso de consulta para validar su decisión en la construcción de la carretera.

En este sentido, la Asamblea Permanente de Derechos Humanos de Bolivia (APDHB) y la Pastoral Caritas Bolivia (PS CARITAS) presentaron un informe sobre los resultados de la consulta en el TIPNIS. El estudio fue realizado en 35 comunidades, evidenciando irregularidades por parte de funcionarios del Gobierno, por no haber realizado una consulta libre, informada y según las normas y costumbres de los pueblos indígenas del TIPNIS. Las brigadas gubernamentales de consulta, según el informe, prometían dádivas y proyectos a cambio de la realización de la consulta en las comunidades. Además, se presentaron irregularidades, por no contar con el consentimiento y consenso pleno de las comunidades.³⁶ De esta manera, fue evidente la falta de compromiso ético y moral del Gobierno boliviano para el desarrollo de una consulta *previa, libre, informada y de buena fe*, sentando un antecedente de las arbitrariedades del Estado para prevalecer sus intereses frente los derechos colectivos de los pueblos indígenas.

Al influjo del conflicto del TIPNIS, las organizaciones indígenas comenzaron a elaborar el proyecto de Ley Marco de Consulta a principios de 2012, tomando como elemento fundamental la experiencia desarrollada en procesos de consulta en Colombia. La manera en que se ha implementado este derecho, ha sido duramente criticada desde las organizaciones indígenas, por no ser una práctica que responda al sentido de participación democrática y de beneficio para la protección de los derechos de los pueblos indígenas. El modo de implementación ha atentado a la vez contra la integridad cultural, autonómica o de autodeterminación, y a la propiedad territorial de estos pueblos, convirtiéndose en un instrumento efectivo para avanzar sobre territorios indígenas con grandes proyectos económicos e introduciendo serios factores de desestructuración socio cultural. Analizando el anteproyecto elaborado por el Gobierno, se identifican irregularidades, por ejemplo, no consultar a los pueblos indígenas en las decisiones legislativas que aprueben políticas

extractivistas (artículo 6 del Anteproyecto). El anteproyecto desconocería también la obtención de un consentimiento *previo, libre e informado*, establecido en la Declaración.

El gobierno, como en el resto de la región, instrumentaliza el derecho a la consulta previa a favor de los intereses de las empresas transnacionales, cooperativas mineras y empresarios de la agroindustria, como un mecanismo para expoliar los territorios indígenas. Ello lleva a las organizaciones indígenas a retomar la defensa de sus territorios, generando espacios de defensa de sus derechos en los ámbitos local, regional y nacional. Por ello, este proceso representa una clara posibilidad de retomar la articulación indígena originaria en un escenario de proposición.

A manera de conclusión

El reconocimiento por parte de los estados del Convenio 169, ha marcado un hito importante para los pueblos indígenas y sus organizaciones. Los cambios ocurridos en la legislación y en los contextos políticos a nivel regional han permitido el surgimiento de los denominados derechos de tercera generación, dando lugar los procesos de reformas constitucionales de finales de la década del 90 e inicios del 2000. Posiblemente los casos más profundos sean los referidos a los procesos desarrollados en Ecuador (2008) y Bolivia (2006-2009), en el reconocimiento de derechos específicos como el derecho a la consulta previa.

En ello, es necesario reconocer la influencia que tuvieron tanto el Convenio 169 como la Declaración en el desarrollo del *constitucionalismo transformador*,³⁷ base de los estados plurinacionales en palabras de Boaventura de Sousa Santos, los cuales se sostienen en el reconocimiento de los derechos colectivos: en el aprovechamiento exclusivo de los recursos naturales renovables, el pluralismo político y jurídico, la consolidación de los gobiernos propios a partir de las autonomías indígenas y el ejercicio de la consulta previa como mecanismo para alcanzar el consentimiento previo, libre e informado.

Así también, los estándares internacionales sobre la aplicación del derecho a la consulta desarrollados por la Corte IDH, la Comisión IDH y el Relator Espacial, han sido incluidos dentro de las reivindicaciones de los pueblos indígenas y sus organizaciones, plasmados en propuestas normativas y en acciones políticas para ejercer el derecho a la consulta en el marco de la libre determinación. Todos elementos que han marcado la aplicación del derecho a la consulta durante estos últimos años.

Sin embargo, estos avances no son suficientes. El creciente interés desde los gobiernos por hacer uso de los recursos naturales existentes en los territorios indígenas, ha llevado a que el periodo iniciado en la década del 90, caracterizado por el *multiculturalismo y pluralismo*, limite el ejercicio de los derechos y garantías de los pueblos indígenas. Nos encontramos entonces, ante un fenómeno de limitación y reducción a los derechos constitucionalizados y de consolidación de políticas públicas que no recogen la visión de los pueblos indígenas, sino que más bien se empeñan en limitar los procesos de gobernanza territorial. Los casos expresados, nos muestran la clara posición de los gobiernos de la región –sean progresistas o no– de promover un modelo de desarrollo sin tomar en cuenta la palabra de las comunidades y organizaciones indígenas, y por tanto tienen como única alternativa la instrumentalización de

los derechos conquistados por los pueblos indígenas como la consulta previa y por tanto tienen como única alternativa la instrumentalización de los derechos conquistados por los pueblos indígenas, como el caso de la consulta previa. ○

Notas

- 1 **Miguel Vargas Delgado** abogado e investigador social, responsable de la Oficina Regional Santa Cruz del Centro de Estudios Jurídicos e Investigación Social (CEJIS). Trabaja asesorando a organizaciones indígenas y originarias del país desde 2006; junto al equipo de CEJIS en la ciudad de La Paz elaboró el texto “Lecciones aprendidas sobre Consulta Previa” (CEJIS 2010). **Ian S. Miranda Sánchez** estudiante de derecho en la Universidad Privada de Santa Cruz de la Sierra (UPSA) y asistente jurídico-social en la Oficina Regional Santa Cruz del Centro de Estudios Jurídicos e Investigación Social (CEJIS).
- 2 Corte IDH. *Caso Yatama Vs. Nicaragua*. Sentencia de 23 de junio de 2005. Serie C No. 127, párr. 225.
- 3 En ese marco, la CIDH también ha establecido que la buena fe exige la ausencia de cualquier tipo de coerción por parte del Estado o de agentes que actúen con su autorización o aquiescencia. Esto, en respuesta al clima de hostigamiento en los que se desarrollan en los procesos de consulta, lo que implica que el accionar de los estados debe alejarse de prácticas como intentos de desintegración de la cohesión social de las comunidades afectadas, a través de la corrupción de los líderes o del establecimiento de liderazgos paralelos, desarrollando procesos de negociación con miembros individuales de las comunidades; siendo todos estos contrarios a los estándares internacionales (Ver Yrigoyen, 2011; y Betancur, 2012).
- 4 ONU-Consejo de Derechos Humanos. *Informe del Relator Especial sobre la Situación de los derechos humanos y libertades fundamentales de los indígenas*, James Anaya. Doc- ONU A/HRC/12/34. Nueva York (ONU), 2009. pág. 23, párr. 65.
- 5 CIDH, *Derechos de los Pueblos Indígenas y Tribales sobre sus tierras ancestrales y recursos naturales. Normas y jurisprudencia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos*, 2010. OEA/Ser.L/V/II Doc. 56/09 de 30 de diciembre de 2009.
- 6 Yrigoyen, Raquel (ed.) (2011). *Pueblos Indígenas: Constituciones y Reformas políticas en América Latina*, (pp 31-37). Lima: ILSA, IIDS, INESC)..
- 7 Modelo adoptado por Colombia (1991), México (1992), Paraguay (1992), Perú (1993), Bolivia y Argentina (1994), Ecuador (1996-1998) y Venezuela (1999).
- 8 Haciendo referencia al artículo 58 de la Constitución Política de Colombia. RAMA (ed.) (2011). *La consulta previa con los pueblos indígenas: legislación y jurisprudencia en Brasil, Colombia, Ecuador y Perú* (p. 83). Lima: autor .
- 9 DPLF y OXFAM (2011). *El derecho a la consulta previa, libre e informada de los pueblos indígenas. La situación de Bolivia, Colombia, Ecuador y Perú*, (p.53). Lima.
- 10 “[...] se han presentado algunos proyectos de reforma de la Ley Orgánica de la Función Legislativa, por parte de varios asambleístas, que buscan regular el procedimiento de consulta prelegislativa, pero todos fueron vetados por el Presidente de la República [...]” Carrión, Patricia (2012). *Consulta previa: legislación y aplicación*, (pp. 29-32). Quito: Konrad Adenauer Stiftung.
- 11 Derecho, Ambiente y Recursos Naturales (2012). *Análisis crítico de la consulta previa en el Perú. Informes sobre el proceso de reglamentación de la Ley de Consulta y del Reglamento*. Lima: DAR.
- 12 CEJIS (2010). *Lecciones aprendidas sobre consulta previa* (p. 33). La Paz.
- 13 La Marcha por la Asamblea Constituyente de 2002, aglutinó a campesinos e indígenas del Oriente y pueblos originarios del Altiplano, en búsqueda del reconocimiento de la *consulta previa* a nivel constitucional. Ese año pudo constituirse una comisión que amalgamaba a representantes indígenas y del Gobierno. No obstante, los representantes del Gobierno presentaron una contrapropuesta adversa a lo solicitado por los indígenas, tan sólo llegó a concretarse una agenda para temas de tierras, para una posterior negociación que no tuvo lugar. Betancur, Ana Cecilia (2004). “*Propuesta de Reglamento de Consulta y Concertación con los Pueblos y Comunidades Indígenas*” Artículo Primero. Núm. 15 (marzo), (p 189–206).
- 14 Resolución CERD/C63/CO/2-08-2003.
- 15 Título VII. Derecho de los pueblos campesinos, indígenas y originarios; Capítulo I. De los derechos a la consulta y participación de los pueblos campesinos, indígenas y originarios.

- 16 De igual manera, el Capítulo de Tierra y Territorio en el artículo 403 reconoce al territorio indígena en su integralidad, respetando el derecho a la tierra y el uso exclusivo de recursos naturales renovables dentro de su territorio, además de reconocer el derecho a la *consulta previa e informada* y la participación en los beneficios de explotación de recursos no renovables dentro de territorios indígenas.
- 17 CEJIS. *Lecciones aprendidas sobre consulta previa*. Op. cit., p. 98.
- 18 Gavaldá, Marc (2013). *Gas amazónico. Los pueblos indígenas frente el avance de las fronteras extractivas en Perú*. Barcelona: Icaria.
- 19 Betancur, Ana Cecilia (2012). *La consulta previa a los pueblos indígenas De la participación democrática a la expropiación de territorios*. Bogotá (sin publicar).
- 20 DPLF y OXFAM. *El derecho a la consulta previa, libre e informada de los pueblos indígenas. La situación de Bolivia, Colombia, Ecuador y Perú*. op. cit., p. 59.
- 21 IWGIA (ed.) (2013). *El mundo indígena 2013*, (pp. 108-109). Copenhague, Dinamarca.
- 22 En algunas ocasiones, según Jaramillo (IWGIA (ed.). *El mundo indígena 2013*. op. cit. 115p), el Estado llega a considerar la *consulta previa* como una "traición a la patria las tutelas interpuestas que tumbaron leyes tan importantes para el Estado como la Ley de Desarrollo Rural y Forestal, que lesionaba las economías y territorios de los pueblos indígenas".
- 23 Betancur, Ana Cecilia (2012). *La consulta previa a los pueblos indígenas De la participación democrática a la expropiación de territorios*. Bogotá (sin publicar), op. cit.
- 24 A fines de 2008, la compañía minera se instaló en la zona para comenzar actividades al tiempo que el territorio fue objeto de operaciones militares para brindar protección a la empresa. (Betancur, Ana, op. cit.).
- 25 Corte IDH. *Pueblo indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador. Sentencia de 27 de junio de 2012 (Fondo y reparaciones)*.
- 26 Santos, Boaventura (2010). *Refundación del Estado en América Latina. Perspectivas desde una epistemología del Sur* (p. 115). Lima: IIDH, PDTG.
- 27 Constante, Soraya. *Ecuador cierra una ONG que respaldaba la lucha antipetrolera en el Amazonas*, El País. Disponible en: http://internacional.elpais.com/internacional/2013/12/11/actualidad/1386772867_449366.html
- 28 Gavaldá, Marc (2013). *Gas amazónico. Los pueblos indígenas frente el avance de las fronteras extractivas en Perú* (pp. 91-92). Barcelona: Icaria.
- 29 IWGIA (ed.) (2013). *El mundo indígena 2013*, op. cit., p. 146-147.
- 30 CNDH (2012). *Perú: informe alternativo 2012 sobre el cumplimiento del Convenio 169 de la OIT* (pp. 69-72). Lima.
- 31 El 19 de julio de 1995, se concertó una reunión entre el prefecto de Beni y representantes de la Confederación de Pueblos Indígenas de Bolivia (CIDOB), la Central de Pueblos Indígenas del Beni (CPIB) y la Sub-central del TIPNIS. Para evitar futuros problemas en la región del TIPNIS, llegó a concertarse que la Secretaría Nacional de Energía debería aplicar las reformas a la Ley de Hidrocarburos respecto a la consulta y participación de pueblos indígenas. En la propuesta de 1995 se había establecido: que el derecho a *consulta y participación* no se limitaría al mero proceso de información por parte del Estado y las empresas; que el Estado y las compañías no reduzcan la participación de los pueblos indígenas en prestaciones laborales como personal no calificado; y, que el Estado y las empresas no realicen consultas que no tomen en cuenta la participación de los pueblos indígenas. Programa Regional de Consolidación de Territorios Indígenas (1995). *Consulta y participación de los Pueblos Indígenas y el Estado en la gestión ambiental de las operaciones petrolíferas en los bloques Chapare y Sécore*. Bolivia: PRCT (sin publicar).
- 32 Diario Los Tiempos. "Evo: quieran o no se construirá la carretera a Beni". Disponible en: http://www.lostiempos.com/diario/actualidad/economia/20110630/evo-%E2%80%9Cquieran-o-no%E2%80%9D-se-construira-la-carretera-a_131848_267094.html
- 33 IWGIA (ed.) (2012). *El mundo indígena 2012* (p.163). Copenhague, Dinamarca.
- 34 Ley promulgada tres meses después de la declaratoria de intangibilidad del TIPNIS.
- 35 Se denominó consulta "previa", siendo que el proyecto lleva nueve años de desarrollo normativo y tres de ejecución en los tramos de entrada por el norte y sur del TIPNIS. IWGIA (ed.) (2013). *El mundo indígena 2013*. op. cit., p. 155.
- 36 PS CARITAS y APDHB (2013). *Resultados de la visita al TIPNIS ¿Cómo se realizó la "consulta" del Gobierno?* (pp. 117-118). La Paz.
- 37 Refundación del Estado en América Latina. Perspectivas desde una epistemología del Sur. Plural Editoriales, 2010. Pp. 78 – 84. Lima IIDH, PDTG. Santos, Boaventura (2010).

Bibliografía

- Betancur, Ana Cecilia (2004):** *Propuesta de Reglamento de Consulta y Concertación con los Pueblos y Comunidades Indígenas* Artículo Primero. Num. 15 (marzo). (pp. 189-206).
- Betancur, Ana Cecilia (2012):** *La consulta previa a los pueblos indígenas De la participación democrática a la expropiación de territorios*. Bogotá (sin publicar).
- Carrión, Patricia (2012):** *Consulta previa: legislación y aplicación*. Quito: Konrad Adenauer Stiftung.
- CEJIS (2010):** *Lecciones aprendidas sobre consulta previa*. La Paz.
- Chartes, Claire y Stavenhagen, Rodolfo (ed.) (2010):** *El desafío de la Declaración. Historia y futuro de la Declaración de la ONU sobre Pueblos Indígenas*. Copenhague, Dinamarca: IWGIA.
- CNDH (2012):** *Perú: informe alternativo 2012 sobre el cumplimiento del Convenio 169 de la OIT*. Lima.
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos (2010):** *Derechos de los Pueblos Indígenas y Tribales sobre sus tierras ancestrales y recursos naturales. Normas y jurisprudencia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos*. OEA/Ser.L/V/II Doc. 56/09 de 30 de diciembre de 2009. Washington: CIDH.
- Constante, Soraya:** *Ecuador cierra una ONG que respaldaba la lucha antipetrolera en el Amazonas*. Disponible en : http://internacional.elpais.com/internacional/2013/12/11/actualidad/138672867_449366.html
- Corte Interamericana de Derechos Humanos (2005):** *Caso Yatama Vs. Nicaragua*. Sentencia de 23 de junio de 2005. Serie C No. 127
- Derecho, Ambiente y Recursos Naturales (2012):** *Análisis crítico de la consulta previa en el Perú. Informes sobre el proceso de reglamentación de la Ley de Consulta y del Reglamento*. Lima: DAR.
- DPLF; OXFAM (2011):** *El derecho a la consulta previa, libre e informada de los pueblos indígenas. La situación de Bolivia, Colombia, Ecuador y Perú*. Lima.
- Gavaldá, Marc (2013):** *Gas amazónico. Los pueblos indígenas frente el avance de las fronteras extractivas en Perú*. Barcelona: Icaria.
- Gavaldá, Marc (2006):** *La recolonización. Repsol en América Latina: invasión y resistencias*. Barcelona: Icaria.
- IWGIA (ed.) (2013):** *El mundo indígena 2013*. Copenhague, Dinamarca.
- IWGIA (ed.) (2012):** *El mundo indígena 2012*. Copenhague, Dinamarca.
- Organización de las Naciones Unidas – Consejo de Derechos Humanos (2009):** *Informe del Relator Especial sobre la Situación de los derechos humanos y libertades fundamentales de los indígenas, James Anaya*. Doc- ONU A/ HRC/12/34. Nueva York: ONU.
- Programa Regional de Consolidación de Territorios Indígenas (1995):** *Consulta y participación de los Pueblos Indígenas y el Estao en la gestión ambiental de las operaciones petrolíferas en los bloques Chapare y Sécure*. Bolivia: PRCT (sin publicar).
- PS CARITAS y APDHB (2013):** *Resultados de la visita al TIPNIS ¿Cómo se realizó la "consulta" del Gobierno?* La Paz.
- RAMA (ed.) (2011):** *La consulta previa con los pueblos indígenas: legislación y jurisprudencia en Brasil, Colombia, Ecuador y Perú*. Lima.
- Rodríguez, César; Morris, Meghan; Orduz, Natalia y Buruticá, Paula (2010):** *La consulta previa a los pueblos indígenas. Los estándares del derecho Internacional*. Bogotá: Universidad de los Andes).
- Santos, Boaventura (2010):** *Refundación del Estado en América Latina. Perspectivas desde una epistemología del Sur*. Lima: IIDH, PDTG.
- YRIGOYEN, Raquel (ed.) (2011):** *Pueblos Indígenas: Constituciones y Reformas políticas en América Latina*. Lima: ILSA, IIDS, INESC.

Justicia comunitaria y pluralismo jurídico en América Latina – Una panorámica de cuarto de siglo

Pablo Ortiz-T.¹

Introducción

Desarrollar un balance crítico del impacto del Convenio 169 de la OIT y de sus repercusiones en el ámbito del pluralismo jurídico y la justicia comunitaria en América Latina constituye un desafío complejo. Durante buena parte del siglo XX, muchos países ni siquiera reconocían que a lo interno de sus territorios existían pueblos indígenas u originarios. La huella y la herida colonial simplemente estaban vigentes.

La época en que se aprueba el Convenio 169 coincide con el auge neoliberal y el multiculturalismo en la región, pero también con la emergencia a la escena política de un vigoroso movimiento indígena. ¿Ha cambiado la situación de los pueblos indígenas desde entonces hasta ahora? ¿Se han reconocido su condición de pueblos y culturas diferenciadas, y junto con ello, de sus instituciones, autoridades y prácticas de administración de justicia? ¿Ha sido suficiente impulsar cambios en el campo jurídico para afectar una matriz colonial de poder que excluye, invisibiliza y controla al mismo tiempo?

Sin duda respuestas a fondo a estas y otras interrogantes rebasan por completo los alcances del presente texto. Apenas se pretende desarrollar un primer esbozo de la situación, a manera de un balance urgente. Hay algunos trabajos y estudios (algunos de ellos citados) que muestran de manera más específica el camino recorrido. La interrogante central que anima estas líneas gira en torno a ¿cuáles son los principales avances y dificultades existentes en torno a la justicia comunitaria y el pluralismo jurídico a raíz de la ratificación y vigencia del Convenio 169 en países de América Latina?

Para responder a esta pregunta, el texto presenta una panorámica y retrospectiva, y está organizado en cinco ítems centrales: a) situación de los pueblos indígenas antes de la aprobación del Convenio 169 de 1989; b) los (principales) efectos y repercusiones generadas por la aprobación del Convenio 169 en el ámbito de la justicia comunitaria; c) las reformas constitucionales y legales, especialmente en relación al pluralismo jurídico y la justicia comunitaria; d) un repaso de algunas de las agendas de políticas públicas en torno al tema; y finalmente e) la situación de las mujeres indígenas y la justicia comunitaria.

Situación de los pueblos indígenas antes de la aprobación del Convenio 169

En la fase pos colonial y en el marco de la emergencia de las nuevas repúblicas, en la mayoría de los países latinoamericanos se definieron y adoptaron distintos enfoques y políticas orientadas a establecer un modelo de relación entre los pueblos indígenas y el resto de la sociedad. Como lo explica Roque Roldán, “en Colombia, nunca se acogió, y menos se practicó, un solo modelo de política para prestar atención a los asuntos indígenas. Durante por lo menos las primeras seis décadas de vida independiente del país, el propósito que más se reiteraba en leyes y programas de gobierno era el de alcanzar la pronta asimilación de los indígenas colombianos al modelo de vida económica, social, política, religiosa y cultural de la mayoría de la sociedad nacional”. (Roldán, 2000:13).

En el caso de Ecuador, en 1857 se suprimió el tributo indígena, el cual actuaba como elemento articulador entre el Estado y las poblaciones indígenas. La supresión de dicho tributo implicó una cesión de soberanía a manos de los terratenientes —a través del régimen de hacienda— quienes se ocuparían de la administración social y política de la diferencia étnica. El velo de la aparente igualdad ciudadana liberal recubrió así, cual eficaz espejismo, la vigencia de lo que Andrés Guerrero (2010) denomina “la administración de poblaciones”. A lo largo del siglo XIX y del siglo XX, las élites latinoamericanas buscaron emular el espíritu del progreso y de la modernidad europeas, aceptando los principios decimonónicos de corte liberal. Pero la realidad de las naciones de la región, con importantes segmentos de población negra, mulata, indígena y mestiza, chocaba con el ideario de las nacientes burguesías agroexportadoras, que imaginaban su inserción en la modernidad y el capitalismo, en el marco de naciones homogéneas y monoculturales.

A inicios del siglo XX y luego de la I Guerra Mundial, en el marco de la Liga de las Naciones, la Organización Internacional del Trabajo (OIT) abordó la situación de los “trabajadores aborígenes” en las colonias europeas, incluyendo pueblos caribeños. “Se hizo cada vez más evidente que estos pueblos necesitaban contar con una protección especial en los casos en que se veían expulsados de sus dominios ancestrales, convirtiéndose en trabajadores temporeros, migrantes, serviles o domésticos. Uno de los resultados de este reconocimiento fue la adopción en 1930 del Convenio sobre el Trabajo Forzoso de la OIT (núm. 29)”.

Paradójicamente en países como México y Perú los indígenas se convirtieron en símbolos fundamentales de la identidad nacional, al punto que crearon departamentos gubernamentales para asuntos indígenas. En Brasil, en 1910 se creó una agencia para ocuparse de la “protección de los indios”. (Ricardo, 2006). El indigenismo justamente nació en un marco de la integración y agudización del mestizaje, y estaba más basado en la glorificación del ancestro indígena precolombino que en el respeto o reconocimiento de los pueblos indígenas contemporáneos (Méndez, 1997; Méndez, 1995). Algo análogo a lo que sucedió en Colombia, en los años 40, donde el gobierno creó el Instituto de Etnología cuyo propósito era estudiar la sociedad e historia indígenas, y estableció el Museo de Oro de Bogotá centrado exclusivamente en los indígenas precolombinos.

Aquel contexto de opresión y exclusión, nunca fue impedimento para que países como México, a través del Instituto Indigenista Interamericano, emprendiera investigaciones arqueológicas

(como Teotihuacán) y estudios de comunidades indígenas contemporáneas, en un marco en el que el “indigenismo” –incluyendo el “posrevolucionario”– representaba una formulación no indígena del “problema indio”, incorporando además perspectivas funcionalistas de la antropología y del positivismo en la nascente sociología de la región, a través de investigadores norteamericanos que colocaron en la agenda académica los llamados estudios comunitarios, algunos de ellos realizados sobre Chiapas o Guatemala en los años 50, y que enfatizaban más las relaciones armónicas y de interdependencia que en el conflicto o la explotación.²

Tras la Segunda Guerra Mundial, y la aparición de las Naciones Unidas, la OIT junto a otros organismos comenzó a trabajar en el Convenio de los Pueblos Indígenas y Tribales N° 107, el mismo que fue adoptado en 1957 y ratificado por 27 países, especialmente de América Latina, el sur de Asia, varios países de África y Europa. Si bien dicho Convenio incluyó varios tópicos como empleo, ocupación, derechos a la tierra y educación en idiomas indígenas, sus premisas centrales giraban en torno a la incorporación de los indígenas al proyecto dominante de Estado-nación, donde el único futuro posible para los pueblos indígenas y tribales yacía en su asimilación e integración a la sociedad nacional y al proyecto de desarrollo hegemónico.³

Como respuesta crítica a dichos enfoques, autores como Pablo González Casanova en los años 60 formularon la noción de “colonialismo interno”, “rechazando que el colonialismo solo deba contemplarse a escala internacional [...] pues se da en el interior de una misma nación, en la medida que hay en ella una heterogeneidad étnica, en que se ligan determinadas etnias con los grupos y clases dominantes, y otras con dominados”.

Eventos importantes como la llamada “Revolución de 1952” en Bolivia y la Revolución Cubana de 1959 sin duda impactaron en la dinámica política regional. Ambos eventos pusieron en evidencia la crisis del Estado oligárquico, surgido a inicios de las repúblicas en el siglo XIX, aunque al mismo tiempo establecieron un punto de quiebre en el debate político en torno al sentido, profundidad o alcance del cambio social.⁴ Aparte de aquello, estos sucesos afianzaron –para casos como Bolivia o México– el proyecto de la nación “mestiza” o “criolla”, eliminando del vocabulario oficial toda referencia a “indígenas” y reemplazándolos por campesinos. Algo similar a lo que ocurriría en Perú durante el gobierno militar y nacionalista del General Velasco Alvarado (1968-1975), que al tiempo que aplicó una reforma agraria, impulsó la creación de cooperativas rurales y oficializó el quechua.⁵

Complementario a aquello, Estados Unidos respondió estratégicamente con una ofensiva hacia la región promoviendo reformas parciales que alejasen para siempre la amenaza de una revolución socialista. Bajo la consigna de superar el subdesarrollo y combatir la pobreza, llegaron a varios países de la región misiones y programas como Cuerpo de Paz, el Programa del Punto Cuarto, la Guerra contra la Pobreza, Misión Andina o la Alianza para el Progreso, entre los más influyentes. (Bretón, 2001; Escobar, 2012). Uno de sus logros más importantes fue lograr enraizar la noción de subdesarrollo en la percepción popular, y haber incidido en la formulación de políticas de modernización capitalista del campo, incluyendo reformas agrarias, transferencia parcial de tecnología y la conversión de los siervos-campesinos en proletarios. Estos procesos dejaron un vacío de poder en el campo, el cual brindó un contexto favorable para el surgimiento de organizaciones indígenas de distintos niveles, las cuales establecieron en casos como Colombia, México,

Ecuador, Nicaragua, Perú o Bolivia, crecientes vínculos con la Iglesia Católica, partidos políticos y organismos de cooperación.

Fue un período de formación de nuevos líderes, quienes actuaron bajo la influencia de sus aliados, pero que en pocos años generaron un discurso propio, reivindicando su diferencia cultural, su condición de sujetos de derechos e interpelando el proyecto excluyente de Estados-nación, tal como lo anota David Gow (2010). La emergencia de las organizaciones indígenas durante estas décadas puede ser considerada como causa y efecto de las transformaciones sucedidas en la esfera pública en relación a los pueblos indígenas.

Efectos y repercusiones generadas

Los antiguos supuestos integracionistas del Convenio 107 fueron cuestionados en el nuevo contexto. El ascenso de los movimiento/s indígenas a finales de los años 70 y durante la década de los 80, impactaron en la dinámica de los Estados y en el debate internacional en torno a los derechos de los pueblos indígenas. En 1986, una Comisión de Expertos en la OIT concluyó que “el enfoque integracionista del convenio había quedado obsoleto y que su aplicación era perjudicial en el mundo moderno”. Se revisó entonces el Convenio 107, que finalmente fue reemplazado por el Convenio 169, que se adoptó en 1989. Este último se basa en el respeto de las culturas y los estilos de vida de los pueblos indígenas y tribales, y reconoce su derecho a definir sus propias prioridades para el desarrollo. (Barié, 2003; Anaya, 2004; Clavero, 2001).

Como lo señala James Anaya (2013, 2009), la aprobación del Convenio 169 en 1989 aseguró la incorporación del concepto de pueblos indígenas, superando la noción de poblaciones que contenía el Convenio 107, afín a una perspectiva etnocéntrica, asimilacionista e integracionista que los estados habían desarrollado desde la conformación de las repúblicas hasta los procesos de descolonización tardía, como en los casos de África y Asia.

El Convenio 169 al reconocer de modo expreso aspectos inherentes a la aplicación de los derechos colectivos, tanto en materia de política general, que incluye elementos claves como la autoidentificación, autodeterminación, autogobierno, responsabilidad, consulta previa, participación, desarrollo, derecho consuetudinario, entre otros; como a las llamadas cuestiones sustantivas, tales como tierras y territorios, contratación y condiciones de empleo, formación profesional, artesanía e industrias rurales, seguridad social y salud, educación y medios de comunicación, y contactos y cooperación a través de las fronteras. (OIT, 2009; Anaya, 2009; Anaya, 2004; Clavero, 2001).

Al respecto, la OIT ha puntualizado que “durante la adopción del Convenio 169, dado que el mandato de la OIT son los derechos económicos y sociales, se consideró que estaba fuera de la competencia interpretar el concepto político de libre determinación. Por esta razón, se incluyó en el artículo 1 (3) un descargo con el término ‘pueblos’, que “[...] 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”. El objetivo era por tanto evitar cuestionamientos legales internacionales”. (OIT, 2009: 25).

Tal disposición prevé el autogobierno y el derecho de los pueblos indígenas a decidir sus propias prioridades en materia de educación, autogobierno, gestión territorial, economía familiar, administración de justicia. A nivel de la región latinoamericana, por citar dos casos, los pueblos indígenas de Panamá (kuna yala, emberá-wounaán, mudungandi, ngöbe-buglé y wargandi) o los miskito, mayangna y creole de la Costa Atlántica de Nicaragua, lograron reconocimiento de sus autogobiernos, a los cuales los estados les otorgan un estatus de gobierno indígena y les asignan algunas competencias y recursos del presupuesto público, en cuestiones de importancia tales como educación, turismo comunitario, administración de justicia y otras relativas al manejo de recursos naturales renovables, aunque al mismo tiempo ello no les garantiza un total control sobre sus territorios, especialmente del subsuelo, ni participación en lo sustancial de los procesos de tomas de decisión sobre tales programas y políticas. (Ortiz-Tirado y Chirif Tirado, 2010:45-48; González, 2010).

Precisamente ese tipo de situaciones generó, en un principio, temores y suspicacias manifiestas en algunos de los estados de Latinoamérica, los que a regañadientes han ratificado el Convenio 169, lejos de dotarlo de un estatus de ley nacional. A ese Convenio se agregan otras normativas vigentes en el sistema internacional, como el Pacto de Derechos Civiles y Políticos, el Sistema Interamericano sobre Derechos Humanos y la Declaratoria de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas que, en suma, reconocen la condición a los pueblos indígenas de sujetos colectivos de derechos. (Charters y Stavenhagen, 2009; Anaya, 2004).

En el período neoliberal, las constituciones empezaron a incorporar fórmulas mediatizadas de reconocimiento de niveles o grados de autonomías indígenas, pluralismo jurídico y dentro de éste lo relativo a la justicia indígena. Dichas reformas constitucionales se focalizaron en plantear una salida solo para los indígenas o grupos étnicos, promoviendo lo que Héctor Díaz Polanco (2006) ha calificado como un cierto tipo de “relativismo cultural”, el que supuestamente puede lograrse sin afectar la esencia del Estado-nación decimonónico, etnocéntrico, y del modelo de desarrollo económico-social que le corresponde.

Al respecto, el jurista Mikel Berraondo anota:

En esta fase (de reformas jurídicas) podríamos decir que los procesos de creación normativa son muy variados de un país a otro, y que mientras en unos se ha tenido en cuenta los planteamientos indígenas antes de crear las normas, en otros se ha regulado su situación sin contar con ellos para nada, lo cual hace que a pesar de contar con un desarrollo normativo, esas normas creadas no son eficaces y no responden para nada, a la filosofía de estos pueblos. (Berraondo, 2005: 65).

En un entorno así, los regímenes autonómicos indígenas en la región latinoamericana no son la norma sino la excepción. En los grupos de poder, en organismos de seguridad del Estado y en las élites burocráticas aún predomina de manera fuerte la percepción de que la concesión de autonomía política y autonomía territorial a favor de los pueblos indígenas, con las consiguientes prerrogativas en materia de administración de justicia, es una amenaza al principio de la integridad territorial, cohesión nacional y soberanía estatal. (González, 2010: 9 y ss.).

Según Alberto Chirif, cuando las organizaciones indígenas amazónicas lanzaron sus proclamas territoriales, a fines de los 70, hubo una respuesta airada y hostil ante lo que se consideraba una afrenta al concepto mismo de territorio y soberanía, vinculado consensualmente a la idea de un estado nacional y por tanto, uno e indivisible. (Chirif y García, 1991). Hablar de los territorios de los pueblos indígenas, de justicia propia, derecho consuetudinario y de su gestión autónoma, de acuerdo al esquema dominante, era entrar al ámbito del derecho público, con todas las prevenciones que implicaba para un pensamiento jurídico-político indolente, acartonado, estatista y satisfecho consigo mismo. (Chirif y García, 2007).

La respuesta de los gobiernos durante más de tres décadas ha girado en torno a la posibilidad de intentar acceder a derechos territoriales por la vía habitual de la propiedad civil. Las organizaciones indígenas, en particular amazónicas, elaboraron a lo largo de los años 80 y 90 del siglo XX varias propuestas, conscientes de que el modelo desarrollista y neoliberal sentarían las bases para una ampliación de las fronteras extractivas y un desconocimiento sistemático de sus derechos territoriales y políticos.

Reformas constitucionales y legales

Desde finales de los años 80, una vez aprobado el Convenio 169, en América Latina se vivieron algunos cambios constitucionales, asociados en buena medida a las transiciones democráticas después de varias décadas de dictaduras militares y/o guerras civiles (como sucedió en Bolivia, Brasil, Perú, Ecuador, Nicaragua o Guatemala). Un análisis detallado de las declaraciones, proclamas, manifiestos o resoluciones de asambleas o congresos de las distintas organizaciones indígenas –que rebasan por completo el alcance del presente texto– mostraría el recorrido de las ideas y una secuencia de temas de preocupación a lo largo de estos años. Al inicio, los pueblos indígenas llamaron la atención sobre su condición de subalternos, sometidos históricamente al racismo estructural y a situaciones de exclusión derivadas de la condición pos colonial de los estados, que se traducían en opresión y miseria para los indígenas de todo el continente. Posteriormente las demandas eran más específicas: la tierra para quien la trabaja, los territorios ancestrales, el crédito agrícola, la salud, la educación, la cooperación técnica, los servicios básicos, entre otros problemas de responsabilidad mayor de los estados. (Martí i Puig, 2010; Assies, 2007, IHR, 1999; Ortiz-Tirado, 2012).

De manera relativamente más reciente, a las demandas socioeconómicas concretas se agregan las demandas de autonomía y autodeterminación. Hay que considerar que el derecho a la autoidentificación (étnica) y a la diferencia cultural, se convirtió en punto nodal de muchas organizaciones, junto con el control y autogestión de sus territorialidades ancestrales. A un amplio repertorio de acciones se correspondió una agenda ampliada de nuevas reivindicaciones: “por ende las reformas al Estado, simultáneamente responden a las demandas de democratización – que incluyen el reconocimiento del pluriculturalismo y la multietnicidad– y a los requerimientos del ajuste (económico)”. (Assies et.al., 2000: 108).

Según Cletus Gregor Barié (2003), en América Latina a inicios de los años 90 existen tres tipos de constituciones:

- a) aquellas inscritas en la tradición jurídica anglosajona, que ignoran la realidad de los pueblos indígenas en su territorio, casi por completo (Belice, Chile, Guayana Francesa, Surinam y Uruguay);
- b) aquellas que hacen alguna referencia a sus pueblos indígenas, pero de forma inconclusa y superflua (Costa Rica, El Salvador, Guayana y Honduras);
- c) aquellas que representan las “vanguardias” de derechos indígenas constitucionales y que incluye a 12 países (Bolivia, Brasil, Colombia, Argentina, Guatemala, Ecuador, México, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú y Venezuela).

El impacto del Convenio 169 se dio fundamentalmente en 12 de un total de 21 países de la región, pertenecientes al grupo c. En diez de las constituciones de esos países, se reconoce el carácter ancestral de las comunidades, es decir, la procedencia de los pueblos con relación al Estado. Colombia en 1991 y Bolivia en 1994, en sus reformas constitucionales, fueron los primeros en establecer un amplio reconocimiento de los derechos de los indígenas conforme al Convenio 169, y lo hicieron asumiendo –a diferencia de lo establecido en el Convenio 107– la categoría de “pueblos” en lugar de “poblaciones”, reflejando mejor la identidad característica a la que debería aspirar un convenio, con el fin de reconocer su condición de sujetos colectivos de derecho(s) a estos grupos de población. Ambos países y sus reformas constitucionales inspiraron al conjunto de organizaciones y movimientos indígenas de la región en los años 90. (Marti i Puig, 2010; Anaya, 2009; Assies, 2007; Walsh, 2002; Sánchez, 1993; OIT, 2002; OIT, 2009).

Según Roque Roldán, “la pronta adopción del Convenio 169 en el Congreso de la República, como fruto de las gestiones del Ejecutivo, no parece lejana del interés de éste de acreditar ante la Asamblea Nacional Constituyente su buena voluntad y su ‘apertura indigenista’, ante los reclamos de los constituyentes indígenas. Pero, por otra parte, en las ponencias de los constituyentes indígenas y en algunos de los debates que éstas suscitaron, fue palpable que las normas recientemente acogidas del Convenio 169 en materia de tierras, autonomía de gobierno, respeto a la cultura, participación, servicios de salud y educación adecuados a su cultura, respeto a las lenguas indígenas, entre otros, orientaron planteamientos y facilitaron decisiones”. (Roldán, 2000:38).

Este tipo de reformas extendieron muchos de los derechos individuales hacia los derechos colectivos, particularmente de los pueblos indígenas, cuyos derechos como culturas abarcan el derecho a la propiedad comunal, al territorio indígena, la educación bilingüe, a las organizaciones sociopolíticas y a las prácticas jurídicas consuetudinarias.

Por ejemplo, el párrafo III del artículo 171 de la Constitución boliviana de 1994 señala que: “las autoridades naturales de las comunidades indígenas y campesinas podrán ejercer funciones de administración y aplicación de normas propias como solución alternativa de conflictos, en conformidad a sus costumbres y procedimientos, siempre que no sean contrarias a esta Constitución y las leyes”. Tal disposición constitucional llevó al Ministerio de Justicia y Derechos Humanos a impulsar un anteproyecto de ley de reconocimiento del derecho consuetudinario vigente en los pueblos indígenas.

La ambigüedad y dificultades para internalizar un enfoque fundamentado en el pluralismo jurídico, marcó los límites de las reformas jurídicas. Sin embargo, como lo apunta Ramiro Molina: “la misma ley contiene tres aspectos que frustrarían un mejor desarrollo del mandato constitucional al añadir restricciones demasiado evidentes que subordinarían el derecho consuetudinario al derecho positivo”, al señalar que “podrán ejercer funciones de administración y aplicación de normas propias como solución alternativas de conflictos”, agregando “siempre que no sean contrarias a esta Constitución y las leyes. La Ley compatibilizará estas funciones con las atribuciones de los Poderes del Estado”. (Molina, 2008:101).

En Perú, en tanto, el artículo 149 de la Constitución de 1993 señala:

[...] las autoridades de las Comunidades Campesinas y Nativas, con el apoyo de las Rondas Campesinas, pueden ejercer las funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial de conformidad con el derecho consuetudinario, siempre que no violen los derechos fundamentales de la persona. La ley establece las formas de coordinación de dicha jurisdicción especial con los Juzgados de Paz y con las demás instancias del Poder Judicial.

La aparente apertura de los estados para reconocer el derecho a la justicia indígena sin duda era paradójica en un contexto de políticas neoliberales altamente excluyentes, como lo anota Laureano Del Castillo citando el caso peruano:

Resulta por lo menos curioso que en medio de un régimen tan poco democrático como el de Alberto Fujimori se aprobara un texto constitucional que reconoce la existencia de la jurisdicción comunal [...] ¿cómo llegó a incorporarse esa norma en un texto constitucional de clara influencia neoliberal? [...] en verdad, desde los inicios de la república se estableció una dualidad, por la cual el Estado solo reconocía la existencia de aparatos formales de justicia, aunque en la práctica se toleraba la existencia de una “justicia informal” aplicada por los órganos comunales e incluso autoridades políticas y policiales [...] para los jueces agrarios, el Art. 149 de la Constitución expresaba un error, por cual ellos debían ignorarlo, por cuanto dicho texto constitucional colisionaba con el Art. 139 de la misma Carta, que establece la unidad y exclusividad de la función jurisdiccional, la cual se ejerce, al modo de ver de los jueces, en forma exclusiva por el Poder Judicial. La opinión de los jueces agrarios, enmarcada en una concepción legalista de la función de administración de justicia, puede explicar el poco interés del Poder Judicial peruano por ejercer su derecho de iniciativa legislativa para desarrollar este precepto constitucional. (Del Castillo, 2008:256).

Otras constituciones latinoamericanas, como las de Ecuador (1998 y 2008) o Venezuela (1999), reconocieron la composición multicultural o pluricultural del Estado además de fórmulas de pluralismo jurídico interno, incluyendo autoridades de los pueblos indígenas y sus comunidades. “Aquello fue un quiebre paradigmático que hubo con relación al modelo del monismo jurídico; es decir, no solamente hay autoridades reconocidas por la Constitución, sino que hay también autori-

dades que los pueblos mismos reconocen y aquí a veces todavía hay una tendencia a limitar este derecho con leyes secundarias”. (Yrigoyen Fajardo, 2010: 71).

Los casos boliviano o peruano recuerdan que las reformas constitucionales, si bien buscaron responder de alguna manera a las demandas indígenas, también lograron revalidar la supremacía política que el Estado encarna. Según la jurista Esther Sánchez Botero, “en este orden de ideas, se formalizó de manera positiva el discurso jurídico-político del Estado-nación. Es de recordar que la nueva Constitución se realizó en paralelo con el fortalecimiento de los procesos llamados de globalización que, entre otros factores, fundan nuevas relaciones orientadas a la conformación y alineación hacia la sociedad capitalista moderna”. (Sánchez-Botero, 2008: 217).

Independientemente del tipo de constitucionalismo vigente en las reformas en varios de los países latinoamericanos señalados, en materia de pluralismo jurídico hay un reconocimiento al aceptar la validez del sistema de administración de justicia indígena, con las siguientes características, conforme a la Comisión Andina de Juristas. (Córdor, 2009: 13-14):

- Se reconoce la validez del Sistema de Justicia Indígena, que está conformado por el derecho consuetudinario o derecho propio de los pueblos indígenas, la función jurisdiccional o potestad de administrar justicia y las autoridades propias de los pueblos que son las que asumen las potestades jurisdiccionales.
- Los sujetos titulares del reconocimiento constitucional son las autoridades de los pueblos indígenas, elegidos de acuerdo a sus propias costumbres.
- Esta jurisdicción tiene como competencia territorial todos los casos ocurridos dentro del territorio de los pueblos indígenas, y como competencia material, todo tipo de casos (tanto civiles, penales, entre otros). Lo que no está definido es la competencia personal, es decir, queda por debatir si solo se aplica para los indígenas o también se aplica a terceros que se encuentren dentro del territorio.
- Se pone como límite para el ejercicio de esta jurisdicción que no se vulneren las leyes vigentes, la Constitución y los derechos humanos. Al respecto es bueno recordar que el Convenio 169 de la OIT solamente menciona el límite de los derechos humanos.
- Las constituciones de Colombia y Perú disponen que promulgarán una ley de coordinación que regule la relación entre la jurisdicción especial y la jurisdicción ordinaria estatal. En el caso de Ecuador además de lo anterior, se dispone que las decisiones de la jurisdicción indígena deben ser acatadas por todas las instituciones y autoridades públicas, por lo que estas decisiones son susceptibles de ser impugnadas mediante acciones de control de constitucionalidad. En el caso de Bolivia, se dispone que no solo todas las autoridades públicas sino todas las personas deben respetar las decisiones de esta nueva jurisdicción, y que todas las autoridades indígenas pueden solicitar el apoyo del Estado para hacer cumplir sus fallos.

Justicia indígena en la agenda de las políticas públicas

La justicia indígena y su papel han sido en general subordinados por la justicia ordinaria. Pese a las limitaciones constitucionales señaladas en varios países, en torno al ejercicio de la justicia indígena, se puede afirmar que existe un avance en materia de pluralismo jurídico, mientras la justicia ordinaria sin duda presenta severas limitaciones en cuanto a la cobertura de sus servicios, junto con la pérdida de credibilidad y legitimidad.

En zonas periféricas de los países, en comunidades rurales dispersas, la justicia indígena se ha hecho cada vez más visible e importante. Como señala el abogado constitucionalista boliviano Idón Chivi:

Si tuviéramos que sentarnos: autoridades indígenas en un lado, y al otro, jueces y vocales de la Corte Suprema, y al medio, el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los DDHH y hacer un juicio estricto sobre quién agrade más a los DDHH, tengan por seguro que pierde la justicia ordinaria, pero aunque haya emitido su veredicto el Alto Comisionado, no nos creerían, dirían que el Alto Comisionado de DDHH se ha parcializado con los indígenas, porque es bien amigo de los aymaras y quechuas. (Chivi, 2010: 60).

Según Chivi, la justicia ordinaria boliviana, aunque muchas veces lo desconoce, tiene limitaciones reales que son subsanadas desde la justicia indígena. Un claro ejemplo, señala, se puede verificar en casos como el de Sica Sica, en la provincia de Aroma, Departamento de La Paz, donde en 1999: “un hombre acusado y sentenciado por violación, estaba en la cárcel y salía de su celda a las siete de la mañana a trabajar en la chacra, regresaba a la cárcel a las siete de la noche. Él ponía el candado porque no había carcelero. Otro señor, que había asesinado a su concubina en una borrachera, no podía ir a la chacra, pero podría hacer cualquier trabajo en el pueblo, barrer la calle, atender la pensión del pueblo, pero no salir del pueblo; de igual forma salía de su celda a las siete de la mañana y regresaba a las siete de la noche y ponía candado”. (Chivi, 2010: 62).

En Colombia la Constitución en su artículo 246 establece cuatro elementos que configuran la Jurisdicción Especial Indígena: a) las autoridades indígenas; b) la competencia de tales pueblos para establecer normas y procedimientos propios; c) la sujeción de la jurisdicción y de las normas y procedimientos indígenas a la Constitución y la ley (este elemento se refiere a los trámites de la jurisdicción); y d) la competencia del legislador al señalar la forma de coordinación entre la jurisdicción especial indígena y las autoridades nacionales.

Aquello plantea, como en el caso de los pueblos ijka, kággaba, wiwa y kankuamo de la Sierra Nevada de Santa Marta, una demarcación simbólica y material de sus territorios y jurisdicciones, que se expresa en la vigencia de las leyes *Se*, del siguiente modo:

Se es el principal organizador, el principio de autoridad. La Ley de *Se* es la ley del conocimiento y el cumplimiento en espíritu de las leyes que mantienen en orden al universo. A los pueblos indígenas de la Sierra nos dejaron la ley y la misión de pagar los tributos de todo cuanto existe, los árboles, el agua, la piedra, la lluvia, la atmósfera, la laguna y todos los

Mama recibieron este compromiso. Esta Ley es el principio y la creación de la Ley de Origen espiritual, es el pensamiento de nuestra Ley de Origen, la protección, la construcción permanente para nuestra fortaleza, es en últimas el ciclo de la vida. (Restrepo, 2008: 60).⁶

En Cusco, Perú, apuntan Brant y Valdivia: “[en] la comunidad de Challuta, hacemos las conciliaciones, reconciliaciones, para que los compañeros no se encuentren en problemas, por abandono de hogar u otro problema; nosotros les hablamos. Para mí, eso es justicia [...]”. (Brandt y Valdivia, 2007: 79). Adicional a la administración de justicia, se establecen así vías de conciliación o mediación comunitaria para resolver conflictos, donde: “todos los problemas se concilian y todos entran por igual y primero por la base y hay que trabajar mucho y no se hace por presión [...] ahí nosotros vemos los problemas que se nos presentan, viendo estos problemas llegamos a la paz, los problemas los criticamos, resolvemos y [para] poner en paz, pacificar”. (Brandt y Valdivia, 2007: 81). En el caso de Perú, las rondas campesinas han logrado prácticamente desaparecer el problema del abigeato o robo de ganado, que se presentaba en zonas donde han intervenido este tipo de justicia. Estos sistemas de justicia indígena, además de solucionar de manera concreta la necesidad de acceso a la justicia de la población indígena, se fundamentan en una base cultural, ya que utilizan elementos de la cultura indígena y refuerzan la identidad colectiva de sus pueblos.

Las experiencias de administración de justicia indígena muestran a su vez que dichos sistemas cuentan con procedimientos claramente normados:

Se puede[n] resumir las diversas etapas del proceso de justicia comunitaria en seis pasos: a) la justicia empieza con la investigación; b) interrogatorio, diálogo, reflexión, orientación y educación; c) conciliación, sanción; d) firman un acta; e) ejecución de una resolución; y f) seguimiento. [...] El objetivo de la justicia comunitaria es regenerar el equilibrio entre las partes del conflicto o en las relaciones sociales entre el infractor de una norma y la comunidad. Este equilibrio fue dañado por la vulneración de la norma. El infractor tiene que restablecer el statu quo, reparar el daño y ‘pagar’ mediante un castigo o una sanción. (Brandt y Valdivia, 2007: 90).

Por su parte el jurista de la Universidad Andina Simón Bolívar, Julio César Trujillo, aclara que:

[...] los sistemas normativos de las naciones indígenas del Ecuador, no participan, ni tienen por qué participar, de los conceptos, categorías y clasificaciones del ordenamiento jurídico oficial del Estado; así por ejemplo, no hemos de encontrar los conceptos de ley, reglamento, estatutos, delito, pena, etc.; tampoco les es conocida la discutida categoría de derechos subjetivos, o la también discutida clasificación del Derecho Público, Derecho privado o Derecho social, etc. [...] existe un sistema jurídico nativo que convive, de hecho o de derecho, con el sistema normativo estatal. El derecho indígena está integrado por principios e instituciones que tiene[n] por objetivo la armonía entre los miembros de la comunidad y la paz al interior de ella, según la expresión reiterada de sus dirigentes y el proceso último de los procesos para resolver los litigios. (Trujillo, 2008: 268).

Aquello interpela la racionalidad positivista del derecho occidental, al tiempo que plantea desafíos en torno a la coordinación de los sistemas de justicia, tal como lo explica Néelson Martínez, miembro del Tribunal Superior Indígena del Tolima en Colombia: “[...] lo concerniente al relacionamiento y coordinación entre el Tribunal y la justicia republicana ha sido una prioridad del Tribunal, pues desde sus inicios hasta hoy es además de resolver conflictos que son de conocimiento del tribunal a lo que más tiempo se le ha dedicado”. (Ariza, 2009: 35).

Es claro que los sistemas de justicia indígena no son armónicos, ni homogéneos ni estáticos. Están en constante cambio y en su interior se presentan conflictos de poder. El cambio o la innovación –como en el caso aludido por Lourdes Alta–, se presenta debido a la incorporación de elementos nuevos, tanto propios como provenientes de fuera, que los hacen modificar sus normas y procedimientos. Por ejemplo: la incorporación de las actas para registrar acuerdos, el uso de términos como derechos y obligaciones, las nociones de equidad de género, entre otras, que poco a poco se van incorporando a la justicia indígena.

Los niveles de avance en materia de coordinación entre ambos sistemas de justicia son disímiles. El relacionamiento entre sistemas se produce entre comunidades y el sistema judicial estatal y también entre organizaciones de segundo o tercer grado (federaciones u otros) con el sistema judicial.

Mujeres y justicia comunitaria

Uno de los problemas complejos que enfrenta la justicia comunitaria remite a la violencia de género. En Ecuador, las mujeres indígenas que representan el 7% de la población femenina a nivel nacional, y el 67,8% ha sufrido violencia física, psicológica, sexual o patrimonial (Andrade, 2012:35). Según la Comisión Interamericana de Derechos Humanos CIDH (2007):

[L]as mujeres víctimas de la violencia no logran un acceso expedito, oportuno, y efectivo a recursos judiciales cuando la denuncian, la gran mayoría de estos hechos permanecen en la impunidad quedando en desprotección de sus derechos [...] Los Estados no cumplen de manera general con su obligación de actuar con la debida diligencia para prevenir, investigar, sancionar y reparar los actos de violencia contra la mujer [...] La violencia, la discriminación y las dificultades para acceder a la justicia, afectan en forma diferenciada a las mujeres indígenas y afrodescendientes que están expuestas al menoscabo de sus derechos por causa del racismo. Sufren varias formas de discriminación combinadas, por ser mujeres, por su origen étnico/racial y por condición socioeconómica. (CIDH, 2007: vi-viii).

Una de las conclusiones centrales del estudio coordinado por Andrade (2012) señala que tanto en la justicia ordinaria como en la justicia indígena, las mujeres no encuentran una adecuada protección frente a la violación de sus derechos humanos. O dicho en otros términos, el ámbito colectivo de los derechos indígenas parecería ocultar la dimensión individual en el caso de transgresión de

los derechos de las mujeres indígenas: “Los conflictos más reservados son precisamente los casos de violencia familiar. En ellos, intervienen el consejo del cabildo, su presidente y una persona capacitada encargada de motivar el diálogo (se trata de un coordinador). También participan los dirigentes de los cabildos” (FIIS, 2012: 27).

Según Judith Salgado, jurista de la Universidad Andina Simón Bolívar, “[...] en la justicia indígena, muchos casos de violación, de acoso sexual se resuelven por medio de una transacción entre familias, entre grupos, sin considerar a la mujer como sujeto de derechos individuales también. Así mismo las respuestas similares frente a casos de violencia física intrafamiliar como lo evidencia una líder indígena, “creo que es necesario que se entre en un proceso de cambio y también de lucha de las mujeres, porque ellas tendrán que aprender a tomar decisiones, aprender a resolver los casos en los que no se resuelva la agresión física por medio de la disculpa, la segunda oportunidad o por medios económicos” (Salgado, 2009: 89).

En muchos casos, la subordinación de las mujeres se sustenta en la defensa de los valores comunitarios, la diversidad cultural y de los derechos como pueblos, “[...] en no pocos casos la cultura propia puede imponer a sus integrantes subalternizados formas de violencia y discriminación en nombre del mantenimiento de los valores y características de su identidad cultural” (Salgado, 2009: 89).

La impunidad normativa y fáctica en todos los casos de violencia contra las mujeres indígenas, obedece a actuaciones ambiguas de las autoridades, en un marco de normativas poco claras o explícitas en la tipificación o en las sanciones específicas en los estatutos comunitarios en torno a la violencia de género. Ello se ve agudizado en un contexto de ausencia de reglamentos y leyes de coordinación entre los sistemas de justicia ordinaria y la justicia comunitaria.

Una conclusión preliminar

La justicia comunitaria en muchos países de América Latina actualmente tiene competencia personal para juzgar indígenas y no indígenas, para resolver distintos ámbitos y asuntos dentro de los territorios ancestrales, y en algunos casos, para declinar competencias en casos graves como violaciones y asesinatos que los remiten a conocimiento de la justicia ordinaria, facilitando con ello la posibilidad de establecer diálogos interculturales que desemboquen en mecanismos de coordinación entre los sistemas de justicia ordinario y consuetudinario en la región.

El contexto de las reformas constitucionales dadas en la región, y particularmente en los casos de Bolivia o Ecuador, remiten a la crisis del ordenamiento jurídico en el Estado de derecho, de un sistema racional que ha predicado la certeza en un marco eurocéntrico de homogeneidad jurídica, que tienen su origen en postulados positivistas, y que ha sido la base del derecho estatal y de la justicia ordinaria.

Los procesos de reforma y/o refundación de los Estados, no obstante, evidencian la emergencia de un nuevo paradigma denominado neoconstitucional o constitucionalismo de los derechos. Exige una nueva cultura jurídica y distinto marco de comprensión del derecho y sus expresiones, entre otras, las de la interlegalidad y el pluralismo jurídico. (Santos, 2010; Ferrajoli, 2008; Orellana, 2004).

A lo largo del breve balance planteado en torno al impacto del Convenio 169 en materia de justicia comunitaria, entran en juego también el funcionamiento efectivo de las garantías constitucionales, tal como está establecido actualmente en varias constituciones. La función judicial, las cortes o tribunales constitucionales están dotados –en varios de los países– de herramientas y posibilidades para controlar todo acto del poder público que atente contra derechos.

En el nuevo marco constitucional boliviano o ecuatoriano la justicia comunitaria o justicia indígena tiene la misma jerarquía e importancia que la justicia ordinaria, es decir, son reconocidas en paridad. Aún falta precisar formas de coordinación y cooperación a fin de evitar sobreposiciones o contradicciones. Como lo señala Boaventura de Sousa, “la reconciliación consiste en un tipo de relación en el cual la justicia políticamente dominante (la justicia ordinaria) reconoce la justicia subalterna y le otorga alguna dignidad a título de reparación por el modo como la justicia subalterna fue ignorada o reprimida en el paso. La reconciliación tiene como objetivo curar el pasado, pero de tal modo que la cura no interfiera demasiado en el presente o en el futuro”. (Santos, 2012: 36).

Hay poca o ninguna certeza de que la coordinación de los sistemas de justicia se resuelva únicamente por la vía formal o legislativa. La historia muestra que siempre es mejor salida, menos rígidas, nada acartonadas y jurisdiccionales, que las salidas legislativas. La coordinación desde abajo, a partir de casos y experiencias locales y territoriales concretas de los operadores de ambos sistemas de justicia, ha ayudado a resolver distinto tipo de conflictos. Por eso, la interlegalidad, tal como lo anota Orellana (2004), es factible en tanto hay un mayor conocimiento y una mayor comprensión de las personas y comunidades de ambos sistemas de justicia, lo cual posibilita optar entre una u otra. ○

Notas

- 1 Ecuatoriano. Sociólogo, doctor en Estudios Culturales Latinoamericanos y máster en Ciencias Políticas. Profesor e investigador de la Universidad Andina Simón Bolívar, Quito-Ecuador. Ha trabajado en la Organización de Pueblos Indígenas de Pastaza (OPIP) en la Amazonía durante varios años y ha sido asesor de la Coordinadora Andina de Organizaciones Indígenas (CAOI) con sede en Lima-Perú, y del Programa Proindígena para América Latina de la Cooperación Técnica Alemana GIZ. Colaborador de IWGIA. Contacto: pablo.ortiz@uasb.edu.ec
- 2 Cf. los textos de Guillermo Bonfil Batalla (1998), *Aculturación e Indigenismo*, y también de Esteban Krotz, *El Indigenismo en México*.
- 3 El Convenio No. 107 ha sido ratificado y no denunciado por los siguientes estados: Argentina, Brasil, Cuba, República Dominicana, El Salvador y Panamá.
- 4 Cf. Agustín Cueva (1993) *El Desarrollo del Capitalismo en América Latina*; también el texto de Ernesto Che Guevara, *La Influencia de la Revolución Cubana en la América Latina* (1970); y el documento de Guillermo Lora (2003), sobre la Revolución Boliviana de 1952.
- 5 Cf. el libro de Juan Martín-Sánchez (2011), donde acuña el término de indigenismo bifronte para describir la política del gobierno nacionalista-militar del General Velasco Alvarado en Perú.
- 6 Muy importante documento. *Declaración Conjunta de las Cuatro Organizaciones Indígenas de la Sierra Nevada de Santa Marta para la Interlocución con el Estado y la Sociedad Nacional* Cf. en Restrepo (2008), pp. 48-75.

Bibliografía

- Alta Lima, L. (2002):** *Organización Política de la Comunidad de Turuco, Ecuador*. En Restrepo, A. (Comp.), Sabiduría, Poder y Comprensión: América se Repiensa desde sus Orígenes (pp. 86-103). Bogotá: Siglo del Hombre
- Anaya, J. (2004):** *Indigenous People in International Law*, 2nd.edition. New York: Oxford University Press.
- (2009)** *International Human Rights and Indigenous Peoples*. University of Arizona, Rogers College of Law Wolters Kluwer.
- (2013)** *El Deber Estatal de Consulta a los Pueblos Indígenas dentro del Derecho Internacional*. Conferencia Encuentro El Derecho a la Consulta Previa a los Pueblos Indígenas: El Rol de los Ombudsman en América Latina (Federación Iberoamericana del Ombudsman-FIO, Lima, 25 de abril de 2013). Disponible en: <http://unsr.jamesanaya.org/esp/declaraciones/el-deber-estatal-de-consulta-a-los-pueblos-indigenas-dentro-del-derecho-internacional>
- Andrade, M. (Coord.) (2012):** *Impunidad en el Acceso de las Mujeres Indígenas a las Justicias. Estudios de Caso sobre Violencia de Género en Ecuador, Perú y Bolivia*. Quito: ONU Mujeres.
- Arguedas, J.M. (1973):** *Todas las Sangres*, Tomos I y II. Lima: Peisa.
- Ariza Santamaría, R. (2009):** *Estado del Relacionamento en Colombia*. En Córdor Chuquiruna, E. (Coord.), Estado de Relación entre Justicia Indígena y Justicia Estatal en los Países Andinos: estudios de casos en Colombia, Perú, Ecuador y Bolivia (pp.15-38). Lima: Comisión Andina de Juristas.
- Assies, W. (2007):** *Los Pueblos Indígenas, la Tierra, el Territorio y la Autonomía en Tiempos de Globalización*. En Martí Puig, S. (Ed.), Pueblos Indígenas y Política en América Latina. El Reconocimiento de sus Derechos y el Impacto de sus Demandas a Inicios del Siglo XXI (pp. 227-246). Barcelona: Fundación CIDOB.
- Barié, C.G. (2003):** *Pueblos Indígenas y Derechos Constitucionales en América Latina: un Panorama*. La Paz, Bolivia: Instituto Indigenista Interamericano, Comisión Nacional para el Desarrollo de los Pueblos Indígenas-Abya Yala.
- Berraondo, M. (2005):** *Pueblos Indígenas No Contactados ante los Derechos Humanos*. En Berraondo, M. y Cabodevilla, M.A., Pueblos Indígenas No contactados ante el Reto de los Derechos Humanos. Un camino de Esperanza para los Tagaeri y Taromenani (pp. 59-103). Quito: CICAME/CDES.
- Bonfil Batalla, G. (1998):** *Aculturación e Indigenismo*. En Alcina, J. (Comp.), Indianismo e Indigenismo en América (pp. 189-209). Madrid: Alianza.
- Brandt, H. J. y Valdivia, R. F. (2007):** *Normas, Valores y Procedimientos de Justicia Comunitaria. Estudio cualitativo en Comunidades Indígenas y Campesinas de Ecuador y Perú*. Lima: Instituto de Defensa Legal, Inwent. Disponible en: http://www.justiciaviva.org.pe/acceso_justicia/publicaciones/inwent_vol2.pdf
- Bretón, V. (2001):** *Cooperación al Desarrollo y Demandas Étnicas en los Andes Ecuatorianos: Ensayos Sobre Indigenismo, Desarrollo Rural y Neoindigenismo*. Quito: Flacso, Universitat de Lleida.
- Charters, C. y Stavenhagen, R. (2009):** *Making the Declaration Work. The United Nations Declaration on the Rights of Indigenous Peoples*. Copenhagen: International Work Group for Indigenous Affairs, IWGIA. Disponible en: <http://www.internationalfund.org/documents/MakingtheDeclarationWork.pdf>
- Chirif Tirado, A. y García del Hierro, P. (2007):** *Marcando Territorio. Progresos y Limitaciones de la Titulación de Territorios Indígenas en la Amazonía*, Copenhague, Dinamarca: International Work Group for Indigenous Affairs, IWGIA. Disponible en: http://www.justiciaviva.org.pe/webpanel/doc_int/doc10052012-092659.pdf
- Chivi, I. (2010):** *Jurisdicción Indígena Originario Campesina*. En Saavedra, C. (Coord.), Autonomías Indígenas: Experiencias y Aprendizajes de los Pueblos y los Estados de América Latina (pp. 59-63). La Paz: CIPCA, Ministerio de Autonomía.
- Clavero, B. (2001):** Multiculturalismo Constitucional, con Perdón, de Veras y en Frío. *Revista Internacional de Estudios Vascos RIEV*, No.47, pp. 35-62. Donostia, España: Eusko Ikaskuntza-Sociedad de Estudios Vascos.
- Córdor Chuquiruna, E. (Coord.) (2009):** *Estado de Relación entre Justicia Indígena y Justicia Estatal en los Países Andinos: estudios de casos en Colombia, Perú, Ecuador y Bolivia*. Lima: Comisión Andina de Juristas. Disponible en Instituto de Defensa Legal IDL-Inwent: <http://www.cajpe.org.pe/sistemasjuridicos/images/docs/libros/diagnostico.pdf>
- Cornejo Polar, A. (1997):** *Los Universos Narrativos de José María Arguedas*. Lima: Horizonte.
- Cueva, A. (1986):** *Lecturas y Rupturas: Diez Ensayos Sociológicos sobre la Literatura del Ecuador*. Quito: Planeta.
- (1993)** *El Desarrollo del Capitalismo en América Latina*. México D.F.: Siglo XXI.
- Del Castillo, L. (2008):** *Perú: entre la Jurisdicción Especial de las Comunidades y la Unidad del Poder Judicial*. En Giraldo, L. (Ed.), Derechos, Costumbres y Jurisdicciones Indígenas en la América Latina Contemporánea (pp. 243-264). Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.

- Díaz-Polanco, H. (2006):** *Elogio de la Diversidad. Globalización, Multiculturalismo y Etnofagia*. México: Siglo XXI Editores.
- Escobar, A. (2012):** *La Invención del Desarrollo. Popayán*. Colombia: Universidad del Cauca.
- Espinosa Gallegos, C., y Caicedo, D. (2009):** *Derechos Ancestrales. Justicia en Contextos Plurinacionales*. Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos. Disponible en: http://www.justicia.gob.ec/wp-content/uploads/downloads/2012/07/1_Derechos_Ancestrales.pdf
- Ferrajoli, L. (2008):** *Democracia y Garantismo*. Madrid: Trotta.
- FIIS (2012):** *Impunidad ante la Violencia hacia las Mujeres Indígenas en el Acceso a las Justicias. Estudio de Caso del Pueblo Saraguro*. Quito: FIIS, GIZ, Programa Proindígena. Disponible en: <http://www.giz.de/de/downloads/giz-2012-es-fiis-Saraguro-libro.pdf>
- González Casanova, P. (1992):** *Colonialismo Interno: una Definición*. En Fullat I Genís, O. et.al. América Latina Historia y Destino. Homenaje a Leopoldo Zea (pp. 263-266). México: UNAM.
- González, M. (2010):** *Autonomías Territoriales Indígenas y Regímenes Autonómicos (desde el Estado) en América Latina*. En González, M., Burguete Cal Mayor, A. y Ortiz, T. (Eds.) (pp. 35-62). Quito: GTZ, Flacso, IWGIA-CIESAS, UNICH.
- Gow, D. (2010):** *Replanteando el Desarrollo: Modernidad Indígena e Imaginación Moral*. Bogotá: Universidad del Rosario.
- Guerrero, A. (1993):** *La Desintegración de la Administración Étnica en el Ecuador*. En León Trujillo, J., Sismo Étnico en el Ecuador. Varias Perspectivas (p. 91-113). Quito: CEDIME.
- Guerrero, A. (2010):** *Administración de Poblaciones, Ventriloquía y Transescritura. Análisis Históricos: Estudios Teóricos*. Lima: Instituto de Estudios Peruanos IEP- Flacso.
- Guevara, E. (1970):** *La Influencia de la Revolución Cubana en La América Latina*. La Habana: ENSPES.
- Icaza, J. (1985):** *Huasipungo*. Bogotá: La Oveja Negra.
- IHR (1999):** *View Points. Regarding the Administration of Justice and Indigenous Populations*. San José: Inter-American Institute of Human Rights. Disponible en: http://www.iidh.ed.cr/BibliotecaWeb/Varios/Documentos/BD_394381106/View%20Points.%20English.pdf?url=/BibliotecaWeb/Varios/Documentos/BD_394381106/View+Points.+English.pdf
- Krotz, E. (1998):** *El Indigenismo en México*. En Sobrevilla, D. (Eds.), Filosofía de la Cultura (pp. 163-178). Madrid: Trotta.
- Lora, G. (2002):** *La Revolución de Abril de 1952*. En Tenemos Pechos de Bronce... Pero No Sabemos Nada, Memoria de la Conferencia Internacional Revoluciones del siglo XX. Homenaje a los Cincuenta Años de la Revolución Boliviana, Cochabamba, 7-9 de octubre de. 2002. (pp. 364-368). Cochabamba, Bolivia: ILDIS-FES-PLURAL.
- Martí I Puig, S. (2010):** *The Emergence of Indigenous Movements in Latin America and Their Impact on the Latin American Political Scene Interpretive Tools at the Local and Global Levels*. En Latin American Perspectives, Issue 175, Vol. 37 No. 6, pp.74-92. Disponible en: http://campus.usal.es/~acpa/sites/default/files/LAP_Marti.pdf
- Méndez, C. (1995):** *Incas sí, indios no: apuntes para el estudio del nacionalismo criollo en el Perú* (Instituto de Estudios Peruanos IEP, Lima, 1995). Disponible en: <http://cholonautas.edu.pe/modulo/upload/Mendez.pdf>
- Méndez, C. (1997):** *República Sin Indios: La Comunidad Imaginada del Perú*. En Urbano, H. (Comp.), Tradición y Modernidad en los Andes (pp.15-42). Cusco, Perú: Centro de Estudios Andinos Bartolomé de Las Casas.
- Molina, R. (2008):** *La Justicia Comunitaria en Bolivia: Cambios y Continuidades*. En Giraldo, L. (Ed.), Derechos, Costumbres y Jurisdicciones Indígenas en la América Latina Contemporánea (pp. 95-126). Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Moraña, I. (1994):** *Mariátegui y 'La Cuestión Nacional: Un Ensayo de Interpretación*. En Bacarisse, P. (Ed.), Tradición y Actualidad de la Literatura Iberoamericana, Tomo I, Congreso Instituto Internacional Literatura Iberoamericana No. 30. Pittsburgh, EE.UU.: University of Pittsburgh.
- OIT (2002):** *Convenio No.169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes*, Ginebra: Autor. Disponible en: http://www.oit.org.pe/WDMS/bib/publ/libros/convenio_169_07.pdf
- (2009)** *Los Derechos de los Pueblos Indígenas y Tribales en la Práctica. Una Guía sobre el Convenio Núm.169 de la OIT*, Ginebra: Autor. Disponible en: http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_norm/---normes/documents/publication/wcms_113014.pdf
- Ortiz-Tirado, P. (2012):** *20 años de Movimiento Indígena en Ecuador: entre la Protesta y la Construcción de un Estado Plurinacional*. En Betancur, A.C. (Ed.), Movimientos Indígenas en América Latina. Resistencia y Nuevos Modelos de Integración. (pp. 68-91). Copenhague, Dinamarca: IWGIA.
- Ortiz-Tirado, P. y Chirif Tirado, A. (2010):** *¿Podemos Ser Autónomos? Pueblos Indígenas Vs. Estado en Latinoamérica?* Quito: RRI, Intercooperation, DFID, NORAD. Disponible en: http://www.rightsandresources.org/documents/files/doc_4609.pdf
- Orellana Halkyer, R. (2004):** *Interlegalidad y Campos Jurídicos: Discurso y Derecho en la Configuración de Órdenes Semiautónomos en Comunidades Quechuas de Bolivia*. Amsterdam, Holanda: Universiteit van Amsterdam, Faculteit der Rechtsgeleerdheid.

- Quijano, A. (1981):** *Introducción a Mariátegui*. México D.F.: Era.
- Restrepo, A. (Comp.) (2008):** *Sabiduría, Poder y Comprensión: América se Replena desde sus Orígenes*, Bogotá: Siglo del Hombre.
- Ricardo, B.et.al. (2006):** *Povos Indígenas no Brasil*. São Paulo, Brasil: Instituto Socioambiental ISA.
- Roldán Ortega, R. (2000):** *Pueblos Indígenas y Leyes en Colombia. Aproximación Crítica al Estudio de su Pasado y su Presente*. Bogotá: COAMA, OIT, Fundación GAIA.
- Salgado, J. (2009):** Justicia y Desprotección a Mujeres Indígenas contra la Violencia. Posibilidades de Interculturalidad. En Espinosa Gallegos, C., y Caicedo, D. (Comps.), *Derechos Ancestrales. Justicia en Contextos Plurinacionales* (pp. 75-98). Quito Ministerio de Justicia y Derechos Humanos.
- Sánchez, J. M. (2011):** *Indigenismo Bifronte en el Gobierno Peruano de Velasco Alvarado: Continuidad y Alternativa, Sierra y Selva*. En Giraldo, L. (Ed.), *La Ambivalente Historia del Indigenismo: Campo Interamericano y Trayectorias Nacionales, 1940-1970* (pp. 191-250). Lima: Instituto de Estudios Peruanos.
- Sánchez Botero, E., et.al. (1993):** *Derechos e Identidad. Los Pueblos Indígenas y Negros en la Constitución Política de Colombia de 1991*. Bogotá: Disloque, COAMA.
- Sánchez Botero, E. (2008):** *La Jurisdicción Especial Indígena. Nueva Estrategia de la Máquina de Captura*, En Giraldo, L. (Ed.), *Derechos, Costumbres y Jurisdicciones Indígenas en la América Latina Contemporánea* (pp. 125-174). Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Santos, B. de Sousa (2010):** *Refundación del Estado en América Latina. Perspectivas desde una Epistemología del Sur*. Bogotá: Siglo del Hombre, Universidad de Los Andes, Siglo XXI).
- Santos, B. de Sousa y Grijalva, A. (2012):** *Justicia Indígena, Plurinacionalidad e Interculturalidad en Ecuador*. Quito: Abya Yal, Fundación Rosa Luxemburg. Disponible en: http://www.boaventuradesousasantos.pt/media/Justicia_Indigena_Ecuador.pdf
- Stepan, N (1991):** *The Hour of Eugenics. Race, Gender and Nation in Latin America*. Ithaca, EE.UU.: Cornell University Press.
- Stern, A. (1999):** *Mestizophilia, Biotypology and Eugenics in Post-Revolutionary Mexico: Towards a History of Science and the State, 1920-1960*. En *WPS Working Paper Series No.4*. Chicago, EE.UU.: Center for Latin American Studies, University of Chicago.
- Trujillo, J.C. (2008):** *Justicia Indígena y Pluralismo Jurídico*. En Giraldo, L. (Ed.), *Derechos, Costumbres y Jurisdicciones Indígenas en la América Latina Contemporánea* (pp. 265-280). Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Walsh, C. (2002):** *Interculturalidad, Reformas Constitucionales y Pluralismo Jurídico*. En Salgado, J. (Comp.), *Justicia Indígena, Aportes para un Debate* (pp. 23-35). Quito, Ecuador: Universidad Andina Simón Bolívar.
- Yrigoyen Fagardo, R. (1999):** *El Reconocimiento Constitucional del Derecho Indígena en los Países Andinos*. En Assies, W., Van Der Haar, G. y Hoekema, A. (Eds.), *El Reto de la Diversidad, Pueblos Indígenas y Reforma del Estado en América Latina* (pp. 343-379). Michoacán: El Colegio de Michoacán.
- (2010)** *Pluralismo, Jurisdicción Indígena y Modelos Constitucionales*. En Saavedra, C. (Coord.), *Autonomías Indígenas: Experiencias y Aprendizajes de los Pueblos y los Estados de América Latina* (p. 64-74). La Paz, Bolivia: CIPCA, Ministerio de Autonomía.

| Reconocimiento de la Justicia Indígena en las Constituciones Andinas | | | | |
|--|--|--|--|---|
| Punto de Comparación | Colombia 1991 | Perú 1993 | Ecuador 2008 | Bolivia 2009 |
| Fundamento: Estado reconoce pluriculturalidad de la nación o se define como tal. | Art. 7.- El Estado reconoce y protege la diversidad étnica y cultural de la nación colombiana. | Art.2.- Toda persona tiene derecho Inc. 19: A su identidad étnica y cultural. El Estado reconoce y protege la pluralidad étnica y cultural de la nación. | Art. 1.- El Ecuador es un Estado constitucional de derechos y justicia, social, democrático, soberano, independiente, unitario, intercultural, plurinacional y laico. Se organiza en forma de república y se gobierna de manera descentralizada. | Artículo 1.- Bolivia se constituye en un Estado Unitario Social de Derecho Plurinacional Comunitario, libre, independiente, soberano, democrático, intercultural, descentralizado y con autonomías. Bolivia se funda en la pluralidad y el pluralismo político, económico, jurídico, cultural y lingüístico, dentro del proceso integrador del país. |
| Reconocimiento del Pluralismo legal: a) El derecho indígena o consuetudinario; b) La jurisdicción indígena, y; c) la institucionalidad indígena (autoridades o instituciones propias). | Art. 246.- Las autoridades de los pueblos indígenas podrán ejercer funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial, de conformidad con sus propias normas y procedimientos, siempre que no sean contrarios a la Constitución y leyes de la República. | Art. 149.- Las autoridades de las Comunidades Campesinas y Nativas con el apoyo de las Rondas Campesinas, pueden ejercer las funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial de conformidad con el derecho consuetudinario siempre que no violen los derechos fundamentales de la persona | Art. 171.- Las autoridades de las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas ejercerán funciones jurisdiccionales, con base en sus tradiciones ancestrales y su derecho propio, dentro de su ámbito territorial, con garantía de participación y decisión de las mujeres. Las autoridades aplicarán normas y procedimientos propios para la solución de sus conflictos internos, y que no sean contrarios a la Constitución y a los derechos humanos reconocidos en instrumentos internacionales. | Artículo 191.- I. Las naciones y pueblos indígenas originario campesinos ejercerán sus funciones jurisdiccionales y de competencia a través de sus autoridades, y aplicarán sus principios, valores culturales, normas y procedimientos propios. Artículo 192.- La jurisdicción indígena originario campesina conocerá todo tipo de relaciones jurídicas, así como actos y hechos que vulneren bienes jurídicos realizados dentro del ámbito territorial indígena originario campesino. La jurisdicción indígena originario campesina decidirá en forma definitiva. Sus |

| Reconocimiento de la Justicia Indígena en las Constituciones Andinas | | | | |
|---|--|--|---|--|
| Punto de Comparación | Colombia 1991 | Perú 1993 | Ecuador 2008 | Bolivia 2009 |
| | | | | desiciones no podrán ser revisadas por la jurisdicción ordinaria ni por la agroambiental y ejecutará sus resoluciones en forma directa. |
| Titular del Derecho(Sujeto Beneficiario) | 1. Pueblos Indígenas | 1. Comunidades Campesinas 2. Comunidades Nativas 3. Rondas Campesinas 4. Por la ratificación del Convenio 169 OIT, también: pueblos Indígenas | Comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas | Las naciones y pueblos indígenas, originarios y campesinos |
| Competencia Territorial | Dentro del ámbito territorial de los pueblos indígenas | Dentro de su ámbito territorial: ámbito territorial de las comunidades campesinas, nativas, rondas campesinas y PI. | Dentro del ámbito territorial de comunidades, pueblos y nacionalidades. | Dentro del ámbito territorial indígena, originario y campesino. |
| Competencia material | Todas las materias, no se limita. | Todas, no se limita. | No se especifica. | Se especifica que tiene competencia en todas las materias. |
| Límite | Que normas y procedimientos no sean contrarios a: 1) Constitución; 2) Leyes de la República | Que no violen: 1) Derechos fundamentales de la persona. | Que no sean contrarios a la Constitución y a los derechos humanos reconocidos en instrumentos internacionales. | Respeto al derecho a la vida y demás derechos constitucionales. |
| Ley de Coordinación | La Ley establecerá las formas de coordinación: a) de la jurisdicción especial, con b) el sistema de justicia nacional. No hay ley, pero si jurisprudencia. | La ley establecerá la coordinación; a) de la jurisdicción especial, con b) los juzgados de Paz y Poder judicial. | El Estado garantizará que las decisiones de la jurisdicción indígenas sean respetadas por las instituciones y autoridades públicas. Dichas decisiones estará sujetas a control de la constitucionalidad. La ley esta- | Artículo 193.- I. Toda autoridad pública o persona acatará las decisiones de la jurisdicción indígena originaria campesina.II. Para el cumplimiento de las decisiones de la jurisdicción indige- |

| Reconocimiento de la Justicia Indígena en las Constituciones Andinas | | | | |
|---|----------------------|------------------|--|---|
| Punto de Comparación | Colombia 1991 | Perú 1993 | Ecuador 2008 | Bolivia 2009 |
| | | | blecerá mecanismos de coordinación y cooperación entre la jurisdicción indígena y la jurisdicción ordinaria. | na originario campesina, sus autoridades podrán solicitar el apoyo del Estado.III. El Estado promoverá y fortalecerá el sistema administrativo de la justicia indígena originaria campesina. Una ley determinará los mecanismos de coordinación y cooperación entre la jurisdicción indígena originaria campesina con la jurisdicción ordinaria, la jurisdicción agroambiental y todas las jurisdicciones constitucionales reconocidas. |

La implementación del Convenio 169 de la OIT en cuanto al desarrollo propio de los pueblos indígenas – El caso de Colombia

William Villa¹

Introducción

En 1991 se adopta una nueva Constitución Política de Colombia por una Asamblea Nacional Constituyente. De esta Asamblea formaron parte representantes de los pueblos indígenas elegidos por voto popular al igual que todos los constituyentes. Este hecho ya de por sí, da cuenta de la relevancia política que el movimiento indígena había alcanzado luego de casi dos décadas de su proceso organizativo. A lo largo de la geografía nacional los indígenas venían integrándose en escenarios regionales y locales, y en 1982 conforman la Organización Nacional Indígena de Colombia (ONIC). Su proceso se desarrolla alrededor de tres principios políticos que reflejan la reivindicación histórica de los pueblos indígenas: territorio, cultura y autonomía, además de la unidad como elemento integrador.

El nuevo texto constitucional recoge lo esencial de estas reivindicaciones, en tanto reconoce la diversidad cultural de la Nación colombiana, la existencia de los pueblos indígenas como fuente de la nacionalidad y sus derechos como sujetos colectivos culturalmente diferenciados.

El ideario que expresa la nueva Constitución, contemporiza con las formas como se representan los pueblos indígenas en el escenario global. El reconocimiento de la multiculturalidad como fundamento de una nueva visión de Estado, es elemento constitutivo de las reformas que a lo largo de América se comienzan a dar hacia el final del siglo pasado y deriva del impacto de la globalización de los derechos humanos y de la forma en que como pueblos y organizaciones indígenas interrogan sobre su lugar en el ordenamiento jurídico. (Assies, 1999; Anaya, 2008; Satavenhagen, 2006). En este marco, el orden multicultural que inaugura la Constitución de 1991, corre camino paralelo con el Convenio 169 de la OIT, adoptado por Colombia el mismo año mediante la Ley N° 21 de 1991 e incorporado como fuente interpretativa de los nuevos derechos constitucionales.²

El reconocimiento de pueblos y culturas que históricamente habían sido condenados a la marginalidad, prefigura la generación de un cambio cualitativo en la representación de los pueblos indígenas investidos de una nueva ciudadanía, y en su relación con el Estado. La Constitución se erige en verdadero catálogo de derechos y se proyecta como instrumento para reparar la larga historia de subordinación y exclusión a la que habían estado sometidos.³

Tal ruptura parece cierta y tiene consistencia en términos formales, pero ésta debe analizarse a partir de la evolución de la institucionalidad que sirve de base a ese ordenamiento, y debe

escudriñar sobre la articulación de los pueblos indígenas al modelo económico. El presente texto indaga sobre estos aspectos para descubrir el impacto del nuevo ordenamiento en las condiciones de vida de los pueblos indígenas, lo que se hará a partir del derecho a la autonomía para definir y controlar su propio desarrollo.

El derecho de los pueblos indígenas a su propio desarrollo

A pesar de que la redacción del Convenio 169 es genérica y deja un margen para que los estados definan las medidas legislativas para su aplicación, establece una serie de derechos que se consideran el mínimo que debe regir en cada país. Una agrupación de estos derechos puede también realizarse alrededor de los tres ejes fundamentales de las reivindicaciones indígenas: territorio, cultura y autonomía.

El derecho a la autonomía regulado ampliamente en el Convenio 169 y en la actualidad reconocido como autodeterminación por la Declaración de la ONU sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas (en adelante la Declaración), está conformado a su vez por un conjunto de derechos, entre los que se encuentran los derechos a definir sus prioridades de desarrollo, a controlar su propio desarrollo, y a participar en la formulación, aplicación o evaluación de los planes de desarrollo que los puedan afectar. Sobre los planes de desarrollo a nivel local, nacional o regional, el Convenio 169 dispone que éstos deben priorizar el mejoramiento de las condiciones de vida y de trabajo, y los niveles de salud y educación de los pueblos indígenas. (Convenio 169, artículos 7 y 8).

Dado el carácter indivisible e interdependiente de los Derechos Humanos,⁴ el que es más palpable tratándose de los derechos colectivos de los pueblos indígenas,⁵ hace que este derecho de autodeterminación del desarrollo a la vez se convierta en mecanismo para garantizar la integridad cultural y los derechos territoriales de los pueblos indígenas. De igual modo la consulta previa, hoy erigida también por la Declaración de la ONU en consentimiento libre, previo e informado, constituye un mecanismo para proteger y salvaguardar sus derechos culturales y territoriales, y por ello es imperativa su aplicación frente a proyectos o programas de desarrollo que puedan afectar a las comunidades y a sus territorios.

Significado y alcances del derecho al desarrollo propio

Dos interrogantes surgen de una primera lectura del Convenio 169 en cuanto al derecho de los pueblos indígenas a definir y controlar su propio desarrollo y a participar en los procesos estatales de desarrollo que les puedan afectar. El primero, inevitablemente alude a lo que se ha de entender por desarrollo y cómo interpretan su desarrollo los pueblos indígenas. El segundo interrogante es sobre los alcances y la manera como se puede concretar el derecho al desarrollo propio.

Sobre el concepto de desarrollo existe un largo y profundo debate y no se trata en este texto de desentrañar un significado con pretensiones de validez. Se trata simplemente de resaltar unos referentes que sirvan de base para identificar si la autonomía de los pueblos indígenas para definir

su propio desarrollo se ha aplicado y generado cambios en sus condiciones de vida. Para ello, resulta pertinente acudir a reflexiones realizadas por representantes indígenas en el seno del Foro Permanente sobre las Cuestiones Indígenas, organismo especializado de la ONU, a propósito de la Declaración del Milenio y sus Objetivos de Desarrollo del Milenio (ODM), y a las reflexiones de los propios pueblos indígenas de Colombia.

Luego de constatar que la problemática indígena con frecuencia estaba ausente en el seguimiento y en los informes sobre el avance en los ODM, el Foro Permanente acometió la tarea de promover la construcción de indicadores adecuados para valorar los avances en el desarrollo indígena. Con este propósito durante el año 2006 se realizaron una serie de reuniones que involucraron a representantes indígenas, expertos y académicos de diversas nacionalidades. El Documento de Trabajo para la VII Sesión del Foro Permanente (2008), preparado por el Programa México Nación Multicultural, de la Universidad Autónoma de México (UNAM), da cuenta de este proceso y recoge el estado del debate.

Allí se refiere que existe dificultad de precisar un concepto de desarrollo, dado que los representantes y voceros indígenas no presentaron posicionamientos claros al respecto. Por este motivo, el trabajo para identificar avances en cuanto al desarrollo de los pueblos indígenas se centró más en la construcción de instrumentos indicativos que en la conceptualización misma del desarrollo. No obstante, se indica que en la reunión de Bilwi (Nicaragua, 2006), se logró un primer acercamiento sobre “parámetros etnopolíticos que deberían guiar una concepción indígena del desarrollo”, bajo el planteamiento de que el bienestar social de los pueblos indígenas debe considerar, entre otros aspectos, el reconocimiento y ejercicio pleno de sus derechos colectivos, la salud espiritual, el acceso a la educación, a la tierra y al territorio, y el reparto justo y equitativo de los beneficios generados por el uso del patrimonio colectivo, asumiendo a la Declaración como el marco conceptual y regulatorio del bienestar indígena. (PUMC-UNAM, 2008: 29).

A partir de las reflexiones del Foro Permanente y por recomendación de éste organismo,⁶ los pueblos indígenas de Colombia avanzaron en su propia reflexión respecto a los ODM. Como resultado de este ejercicio, realizado durante el 2012 por las organizaciones indígenas⁷ con el apoyo del PNUD y el Fondo para el Logro de los ODM, se publica el informe “La otra visión: pueblos indígenas y los Objetivos de Desarrollo del Milenio, ODM” (MDGF-PMUD a, 2013). En este informe se plantean cinco Objetivos de Desarrollo del Milenio para los pueblos indígenas: protección y defensa del territorio indígena; autodeterminación y gobierno propio; desarrollo propio –buen vivir–, equilibrio y armonía; consulta previa y consentimiento libre e informado; y, rediseño institucional del Estado.

La propuesta de cinco objetivos específicos se basa en que para los pueblos indígenas las metas e indicadores fijados en los ODM desconocen sus concepciones, necesidades y demandas, y establecen mínimos vitales sustentados en los derechos individuales. En oposición a este enfoque individual, las organizaciones consideran necesario establecer indicadores pertinentes y culturalmente apropiados, trascender la mirada compartimentada por temas que se aleja de la integralidad de sus cosmovisiones, y resignificar el desarrollo para que responda a sus demandas y aspiraciones de ejercicio y goce pleno de sus derechos fundamentales, colectivos e individuales, para su pervivencia física y cultural como pueblos. (MDGF-PNUD b, 2013: 4).

Es claro pues en estos planteamientos que para los pueblos indígenas, los pilares del desarrollo están relacionados con sus derechos colectivos, especialmente al territorio y a su autodeterminación. En este marco juegan con fuerza su derecho a la consulta previa y el consentimiento libre e informado y sus aspiraciones reflejadas en sus planes de vida, que incluyen, entre otros, los sistemas de salud y educación y la institucionalidad indígena, así como las estrategias económicas para su sostenibilidad y soberanía alimentaria. (MDGF-PNUD a, 2013).

En cuanto al alcance de los derechos contenidos en el Convenio 169, lo más pertinente es acudir a las interpretaciones de la propia OIT. En una guía sobre su aplicación, se sostiene que este Convenio tiene “un enfoque del desarrollo basado en los derechos que se sustente 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”. A renglón seguido, enuncia como derechos en el contexto del desarrollo, los siguientes:

- El derecho a controlar su propio desarrollo y la obligación de los gobiernos de brindar los recursos necesarios para ello;
- El derecho a ser consultados y a participar en los planes y programas de desarrollo en el ámbito local, nacional y regional;
- El derecho a evaluar los efectos que sobre sus vidas puedan ocasionar actividades de desarrollo;
- El derecho a participar en los beneficios de los programas y proyectos de desarrollo; es decir, que mejoren su situación socioeconómica y no perjudiquen su bienestar; y,
- El reconocimiento y protección de sus tierras, territorios y recursos, como criterio fundamental para que puedan desarrollar sus sociedades según sus propios intereses y necesidades (OIT, 2009: 117).

En consonancia con lo relatado en este capítulo, el análisis sobre los impactos del Convenio 169 en cuanto a las condiciones de vida de los pueblos indígenas se debe realizar tomando como referentes principales sus derechos territoriales y de autonomía o autodeterminación. Sobre esa base, partiendo de la situación general de estos pueblos antes de ser adoptado dicho Convenio, se puede hacer la lectura sobre su desarrollo, siempre con relación al modelo económico vigente en el país y a los factores reales que operan sobre sus condiciones de vida, al margen de la normatividad y de las prácticas institucionales vigentes en Colombia.

Los antecedentes del Estado multicultural

La década de los ochenta es laboratorio en el que las relaciones entre Estado y pueblos indígenas se despliegan en la búsqueda por construir una institucionalidad que tome en cuenta la historia y cultura de éstos pueblos. Ya al inicio de los noventa la mayor parte de los territorios de los pueblos indígenas estaba titulada como resguardo en propiedad colectiva a favor sus comunidades, en una extensión que hasta entonces alcanzaba cerca del 22 por ciento del territorio nacional. De igual

modo el cabildo indígena era reconocido como autoridad para el ejercicio de gobierno y control social en las comunidades y en general gozaba de autonomía para la gestión del territorio. En el campo de la educación es importante registrar que, a mediados de los ochenta, algunas organizaciones indígenas asumían la gestión de su proceso educativo, en la perspectiva de construir un modelo adecuado a su contexto cultural, en la búsqueda de fortalecer el uso de la lengua propia y afirmar lo esencial de sus culturas, pero también con el propósito de adecuar los contenidos desde una visión de educación intercultural (Gros, 1991, Villa 2011).

Estos avances fueron el punto de partida del movimiento indígena al momento de la Constituyente de 1991 y quedaron recogidos con creces en la Constitución aprobada ese año. La promulgación de la nueva Constitución, es recibida en un ambiente cargado de optimismo, observando en el nuevo modelo de Estado la resolución del conflicto histórico con los pueblos indígenas y con otros segmentos de la población que demandaban el derecho a la participación. Para el movimiento indígena colombiano, el año de 1991 se constituye en verdadera ruptura en cuanto acceden a la condición de sujeto colectivo y al reconocimiento de sus derechos, en especial su autonomía para decidir su futuro.

En el texto constitucional, el derecho al desarrollo propio de los pueblos indígenas quedó inmerso en su derecho a la autonomía e íntimamente relacionado con el derecho a la identidad cultural. Los territorios indígenas son reconocidos como entidades territoriales de la República, a la par con los departamentos y los municipios, con derechos de gobierno propio, de ejercicio de competencias asignadas por la Constitución y la Ley, y de participación en los recursos presupuestales del Estado. Precisamente una de las competencias que se les asigna, es la de diseñar las políticas, planes y programas de desarrollo económico y social dentro de sus territorios, además de aplicar las normas sobre usos del suelo, promover las inversiones públicas y velar por la preservación de los recursos naturales, entre otras. Para el cumplimiento de tales funciones se asignan recursos del presupuesto nacional a través de los resguardos indígenas mientras se conforman las nuevas entidades territoriales. Como base para este desarrollo, la Constitución reconoce la propiedad territorial indígena con carácter colectivo e inalienable, y la consulta previa fue incorporada tímidamente como el derecho a participar en todas las decisiones relativas a la explotación de recursos naturales no renovables en sus territorios, explotación que no podrá afectar la integridad social, cultural y económica de dichos pueblos.⁸

A poco de más de dos décadas del nuevo Estado pluricultural y más allá de la interpretación jurídica, un balance de las transformaciones suscitadas presenta un precario panorama en cuanto al reconocimiento territorial y a las posibilidades reales de los pueblos indígenas de desplegar su proyecto de autonomía.

Territorios indígenas, modelo económico y economía indígena

En la actualidad las áreas tituladas a los pueblos indígenas en condición de resguardos alcanzan un poco más de 34 millones de hectáreas, que representan cerca del 30% del territorio nacional. Esta cifra, sin embargo, no significa que el problema territorial esté resuelto para el

conjunto de la población indígena. Cerca del 27% de ella no dispone de tierras, de acuerdo con las organizaciones indígenas representativas a nivel nacional, con base en datos oficiales.⁹ (MDGF-PNUD a, 2013).

Más allá de que persista este déficit, importa preguntarse por el ejercicio de la autonomía y del derecho al desarrollo propio en los territorios titulados, y el análisis remite a los contextos en los que estos territorios se ubican, al modo como los apropian y a los cambios que se verifican en el dominio de la economía.

La región de los Andes colombianos, en los valles interandinos y la costa Caribe, espacio donde se asienta la mayoría de la población colombiana y donde históricamente ha vivido la mayor parte de la población indígena, es también la región en donde la urbanización, la agroindustria y el comercio adquieren relevancia. De acuerdo con las proyecciones basadas en el censo nacional (DANE, 2005), los pueblos indígenas que viven en esta región cuentan con 1.111.792 habitantes, aproximadamente el 82% del total de la población indígena colombiana, pero sus tierras solo alcanzan el 3% del total de resguardos titulados. Esta población se corresponde con el conjunto de pueblos que a lo largo del siglo XIX y parte del XX fueron despojados de sus tierras y reducidos a la condición de aparceros o terrajeros en las grandes haciendas, y es igualmente la población que después de mediados del siglo XX logra recuperar parte de sus territorios ancestrales y perfilar un proyecto político y cultural que los lleva a convertirse en el sujeto étnico del final de siglo.

En la actualidad estos pueblos se ubican en las áreas marginales, con serios limitantes en cuanto a fertilidad, disposición de aguas y condiciones ambientales, y entre ellos se encuentra el grueso de indígenas que carecen de tierras. La tenencia de la tierra indígena en esta región se debe definir como verdadero microfundio, donde las tierras agrícolas disponibles pueden llegar en promedio a una hectárea por familia, lo que no garantiza el empleo del grupo familiar ni su subsistencia.¹⁰

Esta situación es determinante de la economía de estos pueblos. La mayoría de hombres y mujeres indígenas deben ocuparse en el mercado informal de fuerza de trabajo. Estacionalmente se integran en el jornaleo como cosecheros de café o de frutas o en el manejo de pasturas en las tierras ganaderas. En los espacios urbanos los hombres se ocupan en trabajos asociados a la construcción y las mujeres en el servicio doméstico. Para estos pueblos, la nueva territorialidad que permite el tránsito al ejercicio del gobierno en lo local y desarrollar cierta institucionalidad alrededor de la justicia, la educación y el sistema de salud, no ha implicado un salto en el orden económico y no es posible encontrar experiencias que liberen a las familias de la pobreza extrema.

Las otras regiones donde se localizan los pueblos indígenas, se extienden hacia las tierras bajas de la Amazonía y del Pacífico, y hacia las sabanas de la Orinoquía, regiones en las que la disponibilidad de tierras se ordena bajo otros parámetros. El área titulada como resguardo a los pueblos indígenas, alcanza una cifra aproximada de 33 millones de hectáreas, y en ella habita cerca del 18% de la población indígena del país, con 342.000 habitantes. (Dane, 2005). Estos territorios, guardan inmensas riquezas, ya sea en biodiversidad o en recursos minero-energéticos, riquezas que, las organizaciones repiten sin cesar, es la maldición de quienes habitan

esos territorios. La colonización transnacional avanza y a su paso desterritorializa, desplaza de manera forzada, coopta e integra a las poblaciones locales a un modelo que sólo requiere para su implementación de pingües compensaciones a las poblaciones afectadas.

En los territorios indígenas localizados en la Orinoquía y en el Piedemonte Amazónico, actualmente florece la industria de los hidrocarburos, actividad que tiene como mediación el ejercicio de la consulta previa, sin que ésta signifique que en realidad se informe a la población sobre las afectaciones que pueda experimentar en su territorio, en su cultura y en su economía, y mucho menos se le garantice la participación en la toma de decisiones.

En los inicios del siglo XX la industria petrolera produjo la expropiación de los espacios de vida de varios pueblos indígenas y la extinción de algunos de ellos, como sucedió con los yariguies en el Magdalena Medio. Al cabo de una década de la incursión de la Texas Petroleum Company en el Putumayo en los años sesenta, los territorios ancestrales de los pueblos indígenas que habitan esa región estaban invadidos por colonos atraídos por las oportunidades de empleo.¹¹ En aquella época los colonos que llegaron a trabajar en la apertura de trochas, arrastre de materiales y trabajos no calificados, se les llamó *veintiocheros* porque la petrolera los contrataba por lapsos de veintiocho días para burlar sus derechos laborales (Roldan, 1999).

Esta forma de contratación ha pasado a ser fórmula para negociar con las poblaciones indígenas. En los acuerdos derivados de las consultas previas que se realizan para intervenir sus territorios, siempre resulta una cláusula donde la empresa se compromete a emplear mano de obra indígena. Los contratos ahora se han extendido a 45 días y los jóvenes de las comunidades pulsan por acceder a ellos, pues se trata de una oportunidad en regiones donde la oferta de empleo es escasa, más aún para los indígenas. (Oxfam *et al*, 2011).

En las regiones boscosas y con buena disponibilidad de recursos para abastecer el mercado de maderas, se mantiene un tipo de trabajo servil que se puede entender como la moderna esclavitud. Los comerciantes de maderas entregan a colonos el capital, la motosierra, el combustible y los víveres para que extraigan el producto y lo entreguen como pago del capital invertido. La economía de endeude, históricamente ligada al saqueo de recursos naturales, genera unas relaciones de dependencia en las que el productor no logra liberarse del comerciante y se convierte en su proveedor hasta cuando el recurso se agota o hasta cuando pasa su auge comercial. En el Pacífico, donde habitan pueblos indígenas y afrocolombianos, el comercio de maderas se ha basado en este sistema desde mediados del siglo pasado. (Villa, 1998). El cambio que ha ocurrido en las dos últimas décadas es que ahora la mano de obra es provista por pobladores indígenas, cuando en el pasado era asumida por colonos que se internaban en las selvas a extraer el recurso.

En zonas donde la minería del oro se ha establecido, es general que los pobladores indígenas dueños del territorio se vean obligados a trabajar alrededor de las retroexcavadoras, lavando las arenas que la máquina no recoge. Las máquinas se establecen de forma ilegal y en ocasiones con el permiso de autoridades indígenas, a las que se les paga una retribución por la operación, convirtiendo de este modo a los indígenas en extraños a su territorio. (Villa, 2009).

La apropiación de los recursos existentes en los resguardos y territorios indígenas tiene múltiples caminos, y en todos ellos predomina el mecanismo fraudulento. Se recurre a la cooptación

de las autoridades indígenas, a la fragmentación de las organizaciones que hacia el pasado asumieron la representación de las reivindicaciones indígenas, a la integración de sus pobladores al mercado laboral de contratos transitorios y a la violencia cuando las condiciones así lo requieren. El desplazamiento forzado de la población indígena es el mecanismo al que se apela cuando se articula la defensa del territorio y sus recursos, y es el impacto manifiesto de la nueva ocupación de los territorios indígenas. Esta realidad se evidencia de manera dramática en la experiencia de los indígenas emberá, que tienen su territorio en la zona limítrofe de los departamentos de Chocó y Risaralda. Desde el año 2000 muchos de sus habitantes deambulan por ciudades del interior del país, integrados en la mendicidad o dependientes de ayuda humanitaria.

Lo anterior permite concluir que la economía de los pueblos indígenas debe entenderse en dos escenarios. Uno, en el que se ubica la mayoría de la población, determinado por no disponer de suficientes tierras para procurarse las mínimas condiciones de subsistencia y, en consecuencia, la opción de desarrollo se asocia a un proyecto cultural de resistencia. El otro escenario es el conjunto de pueblos en los que sus territorios, cada vez en mayor grado, son integrados a la industria minero-energética o son áreas de expansión de la agroindustria o de procesos extractivos. En ambos casos la población indígena se convierte en sector funcional al mercado de la fuerza laboral que requiere el entorno económico, ocupando un lugar marginal y en algunos casos se renuevan formas de trabajo servil.

Economía extractiva y desterritorialización de los pueblos indígenas

Para el análisis se tomará el caso de un pueblo y un conjunto de resguardos que se dispersan en una región que comparte las mismas características ambientales y económicas.

El pueblo emberá históricamente ha habitado la región occidental del país, en el área conocida como Chocó biogeográfico, identificada por su extrema riqueza en biodiversidad y desde los días de la colonización hispana, definida como espacio de extracción de oro. En esa región, aldeaña al mar del Pacífico y que limita al norte con Panamá y al sur con Ecuador, integrada por un territorio de siete departamentos, el pueblo emberá, con sus grupos katio, chamí, dobidá y siapidara, comparte territorio con los pueblos wounánn y awá, y con las comunidades afrodescendientes, configurando una región por definición interétnica. El 75% de su extensión, cerca de 7,5 millones de hectáreas, son territorios de propiedad colectiva de indígenas y afrodescendientes.¹²

El pueblo emberá cuenta con una población total que asciende a 181.405 habitantes, y aproximadamente el 50% de ellos habita en la región del Pacífico. El resto de sus habitantes se encuentran diseminados en territorios en otros 10 departamentos, fuera de sus territorios ancestrales. El 88% de su población cuenta con 200 resguardos que abarcan una extensión que se aproxima 1.736.000 hectáreas, el 97% de ella en la región del Pacífico. El restante 12% de población carece de tierras tituladas. (Organizaciones de Pueblo Emberá, 2013).

Al constatar estas características de la región del Pacífico, es factible imaginar nuevas condiciones respecto a la apropiación y el uso del territorio y los recursos allí existentes, así como transformaciones en la participación de la población en la construcción de su desarrollo. Con-

trario a ello, sin embargo, la titulación de territorios a los pueblos indígenas y a las comunidades afrocolombianas no ha significado cambios en las condiciones que en el curso de la historia se le ha asignado a la región como proveedora de materias primas y a su población como fuerza de trabajo servil. Al paso del tiempo el modelo económico de corte extractivo se ha profundizado y el territorio del Pacífico se ha convertido en frontera donde actores armados pugnan por el control de los recursos naturales.

En esta región se despliega la minería con un impulso renovado desde el Estado, que la ha constituido en uno de los pilares de su política de desarrollo económico. Hasta el año 2013 el gobierno nacional había otorgado 312 títulos mineros, 171 de ellos a favor de la Anglo Gold Ashanti Colombia S.A. (filial de la transnacional minera canadiense del mismo nombre), de los cuales, 306 afectan el territorio de 62 resguardos en la región del Pacífico. El mismo año 2013 se tramitaban 506 nuevas solicitudes de títulos mineros, que afectan 84 resguardos en nueve de los 17 departamentos donde en la actualidad se asientan poblacionales del pueblo emberá. Es por esto que en el Plan de Salvaguarda de la existencia de este pueblo, se identifica a la minería como la principal causa de la desterritorialización de muchas de sus comunidades. (Organizaciones del Pueblo Emberá, 2013).

La racionalidad que opera al concesionar tierras de resguardo a empresas mineras sin que las autoridades indígenas y la población tengan siquiera conocimiento, responde a una lógica en la que tales zonas, y en general los territorios étnicos, se siguen pensando como baldíos. Así como el gobierno nacional ordena el uso del subsuelo sin que los propietarios del territorio sean tenidos en cuenta, de igual modo otros actores asumen el control de esas áreas a través de grupos armados que se establecen para realizar explotaciones mineras ilegales, extraer y comercializar productos forestales, para desplegar la siembra de cultivos de uso ilícito y garantizar corredores para el tráfico de narcóticos y de armas.

Los territorios indígenas localizados en las fronteras, en las tierras hacia donde en los últimos 40 años avanza la colonización y se proyecta la moderna agricultura industrial y la ganadería, y donde también se expande la minería y la industria de hidrocarburos, son los mismos donde se libra la guerra entre diferentes grupos que pulsan por ejercer dominio de tales territorios. Por ello resulta paradójico que mientras en el curso de la década del 90 el Estado titula resguardos a los pueblos indígenas y tierras colectivas a las comunidades afrodescendientes, en paralelo a ese ordenamiento se produzca la ocupación de esos espacios por diversos actores armados que imponen de hecho sus modelos de control social, político y económico y que convierten a territorios como el del Pacífico, en escenarios de confrontación entre el Ejército Nacional y grupos paramilitares con guerrillas de diverso origen.

Para el pueblo emberá, de esta guerra queda una historia en la que 645 de sus miembros líderes, autoridades, maestros y pobladores de base han sido asesinados, en tanto que 35 mil de sus integrantes, cerca del 19% del total, experimentan el desplazamiento forzado de sus territorios. (Cecoín, 2013). La violencia ejercida sobre este pueblo, y en general sobre el conjunto de pueblos indígenas, se inscribe en una política dirigida a controlar la población, debilitar sus formas de organización y minar su capacidad de resistencia, que solo se puede explicar en función del control

territorial para el establecimiento de proyectos de larga duración o transitoriamente para acceder a la extracción de recursos, agenciados por actores económicos o por el Estado.

Al norte del territorio tradicional del pueblo emberá, en la parte alta de la cuenca del río Sinú, la construcción de una hidroeléctrica inauguró la historia en la que los derechos territoriales de los pueblos indígenas quedan en enunciación formal para darle vida al proyecto. Se destruye el entorno ambiental al inundarse zonas tradicionalmente ocupadas por esta población y las mejores tierras para la agricultura, se asesina a los líderes que resisten al proyecto y exigen respeto por sus derechos, y se induce la fragmentación de su organización política para debilitar su capacidad de negociación, con el fin de establecer la obra sin cumplir con la consulta previa. (Jaramillo, 2011).

Experiencias como ésta, ocurrida finalizando la década de los noventa, son el referente histórico respecto al modo como el Estado asume los derechos de los pueblos indígenas. En la mayoría de los casos, frente a proyectos inconsultos que afectan directamente sus territorios y sus vidas, los pueblos indígenas deben acudir ante los jueces para que se les consulte en debida forma, para que se haga visible su existencia y para que se les proteja ante la inminente destrucción de su entorno ambiental y de su cultura.¹³

Este libreto que se repite de norte a sur, en algunos casos para ocupar zonas ricas en oro, en otros para imponer redes de extracción y comercialización de recursos forestales o para el establecimiento de cultivos comerciales de coca y, en síntesis, para convertir los territorios indígenas en oportunidad para el saqueo y la generación de rentas para actores situados en la ilegalidad, se puede documentar en una extensa descripción de casos en los que de forma similar se vulneran los derechos de la población indígena.

La violencia como recurso para el control de territorios indígenas

Si bien la violación sistemática de los derechos de los pueblos indígenas ha sido documentada por sus propias organizaciones, es la Corte Constitucional la que ha señalado de mejor manera la grave situación que afecta a diferentes pueblos. En el año 2009, mediante el Auto 004 de seguimiento a la Sentencia T-025 de 2004,¹⁴ la Corte analiza la situación de los pueblos indígenas con relación al desplazamiento forzado y verifica que muchos de ellos se encuentran en riesgo de extinción física y cultural.¹⁵ Advierte además que las violaciones de las que son víctimas a causa del conflicto armado, a su vez son manifestación de otras causas, como la disputa de sus tierras por diversos actores, los procesos territoriales y socioeconómicos vinculados con intereses externos y el desarrollo de actividades económicas lícitas o ilícitas, por actores privados o por grupos armados, o en alianza entre ambos. Constata también que la vulnerabilidad de los pueblos indígenas obedece a situaciones estructurales preexistentes de pobreza extrema, inseguridad alimentaria, falta de atención en salud y abandono institucional, y a la realización de obras o proyectos de infraestructura que impulsa el Estado sin realizar la consulta previa, con graves impactos sobre sus territorios y sus vidas, diezmando su base de sustentación y generando problemas alimentarios que se expresan en muertes por desnutrición.

La gravedad de esta situación se puede percibir en los datos de violaciones a sus derechos individuales:

Principales violaciones a los derechos humanos de miembros de los pueblos indígenas: 1985-2012

| Tipos de violaciones | No. de víctimas | No. de pueblos afectados |
|------------------------|-----------------|--------------------------|
| Desplazamiento forzado | 81.557 | 28 |
| Amenaza individual | 440 | 23 |
| Asesinatos políticos | 2.592 | 44 |
| Desaparición forzada | 377 | 25 |
| Detención arbitraria | 1.448 | 24 |
| Heridos | 1.128 | 35 |
| Tortura | 379 | 20 |

Sistema de Información sobre Pueblos Indígenas de Colombia de Cecoin, con base en denuncias de las organizaciones indígenas, 2013

Estas cifras explican la dramática situación de la que se ocupa la Corte Constitucional y sobre la que llama la atención al Estado para que desarrolle acciones orientadas a garantizar el ejercicio de sus derechos y a salvaguardar la existencia de los pueblos amenazados. Sin embargo, cinco años después de su pronunciamiento, las medidas ordenadas aún no se concretan y los factores determinantes de la violencia siguen vigentes, llevando a que de modo acelerado se profundice la migración indígena hacia los centros urbanos. Ya el último censo nacional de población reportaba que el 23% de la población indígena se localizaba en áreas urbanas. (Dane, 2005). Una tendencia al incremento de este porcentaje seguramente llevará a interrogar sobre la pervivencia de algunos pueblos o sobre derechos que tienen como referencia el territorio.

La autonomía y autodeterminación indígena y el modelo económico

En ese contexto de violencia y desterritorialización que han vivido los pueblos indígenas, parecería absurdo interrogarse por el ejercicio de sus derechos de autonomía para darse su propio desarrollo. Sin embargo, un análisis de la evolución práctica de estos derechos devela que el entramado del modelo económico es una perfecta red que no deja mayor resquicio a sus expectativas de futuro.

El nuevo ordenamiento, en el que el territorio indígena se concibe como ente autónomo equiparado en atributos a los municipios y departamentos, lleva a fundar un ideal de gobierno indígena que en su estructura institucional atiende a la diversidad de formas de gobierno según los pueblos o culturas que se diseminan en el territorio nacional y que gozan de autonomía para ejercer la justicia, la gestión ambiental y el ordenamiento de sus territorios, para la conducción de la educa-

ción y de la acción social y, en síntesis, para darse su propia opción de desarrollo y asegurar la reproducción de sus culturas.

Esta nueva estructura institucional, se haría en el marco de un reordenamiento del territorio nacional a ser definido por una Ley Orgánica de Ordenamiento Territorial, ley que debía precisar el modelo autonómico de los territorios indígenas, su lugar en la división político administrativa del país, y sus competencias y funciones con los correspondientes recursos presupuestales para su cumplimiento. Pero la anunciada ley que permite llevar al plano fáctico la promesa de autonomía, pasados 20 años aún no llega, sin que hasta ahora se pueda decantar el país como verdadero espacio multicultural.¹⁶ Pues el proyecto de autonomía de los territorios indígenas riñe con los múltiples intereses económicos descritos.

El control que en los territorios indígenas ejercen los diversos actores que agencian esos intereses, además de sus territorios, también ha afectado las dinámicas del gobierno indígena y el proceso de gestación o fortalecimiento de una institucionalidad adecuada para el control social y para la gestión de su desarrollo. Los propios pueblos indígenas identifican en sus diagnósticos la ausencia de gobernabilidad en sus territorios como un fenómeno derivado de conflictos internos animados por intereses externos y, con frecuencia, por el control de los recursos públicos que en fórmula transicional llegan a los resguardos.

Hacia 1994, en cumplimiento de las regulaciones emanadas de la Constitución relativas a la autonomía, se expide la legislación que da vía libre a la transferencia de recursos presupuestales del Estado con destino a la inversión directa en los resguardos. Se trata de un primer paso para poner en práctica la gestión del desarrollo propio, mientras se legisla sobre las Entidades Territoriales Indígenas en el marco de la división político administrativa del Estado.

La llegada de estos recursos a los resguardos se convierte en fórmula que permite afianzar la condición de dependencia de la población respecto de los tradicionales poderes locales. La transferencia de recursos destinados a financiar el desarrollo indígena tiene como vehículo al municipio y al alcalde como autoridad. Esto significa que en la práctica el territorio indígena está adscrito al municipio y es el alcalde quien determina la consistencia y pertinencia de los proyectos de inversión que las autoridades indígenas deben presentar para ejecutar estos recursos.

Pero además, los rubros y los modos de inversión están predeterminados en dicha ley, sin que los pueblos indígenas puedan disponer de ellos para el funcionamiento y el fortalecimiento institucional de sus gobiernos, y tampoco en proyectos dirigidos al fortalecimiento de su cultura. La racionalidad de la inversión se encuentra determinada por la lógica de la planeación del Estado, sin que pueda cada pueblo adecuarla a su visión y a sus expectativas de desarrollo.

La economía indígena y planeación del desarrollo

Las transformaciones de los estados en el final del siglo han generado una serie de discursos sobre la naturaleza del desarrollo, sobre el lugar de los sujetos sociales en los modelos predominantes y sobre la racionalidad económica respecto al uso del medio ambiente. Frente a estos interrogantes que nacen de la interacción entre las diversas construcciones identitarias y en un escenario

donde prima el multiculturalismo, los pueblos indígenas claramente se sitúan en una perspectiva crítica a la economía capitalista y su conceptualización del desarrollo se fundamenta en un tipo de representación de sus sociedades que se define por estar integradas a la naturaleza¹⁷. Desde esta concepción crítica, reivindican el derecho a darse una opción de vida diferente, lo que no solo tiene relación con las políticas, sino también con los instrumentos para materializar esa visión.

Durante la década de los noventa, para las organizaciones indígenas en Colombia el “Plan de Vida” aparece como innovación que sintetiza tal aspiración y se convierte en expresión de resistencia y en fórmula para decantar lo esencial en sus ideales de futuro. Al nominarse así se quiere diferenciar con las formas estatales de planeación y poner un límite a la noción clásica de desarrollo.

Sin embargo, en su proceso de experimentación, la fórmula no logra diferenciarse de la racionalidad técnica propia a los esquemas convencionales de planeación, y en la mayoría de los ejercicios los objetivos de los planes de vida se resumen en la enunciación de una serie de proyectos que les permite acceder a los recursos transferidos por el Estado. Cuando los planes de vida se convierten en catálogo de proyectos, no guardan diferencias con el viejo modelo que tiene como finalidad legitimar y dar viabilidad a un plan de inversión económica, como ocurre con planes formulados por entes municipales o por instituciones privadas. Al final, los planes de vida indígena tienen valor como instrumento de recuperación de la memoria histórica y como referente para alimentar la resistencia cultural, sin duda aportes relevantes para proyectar su futuro.

La crítica al modelo de planeación agenciado por el Estado o por la economía de mercado de igual modo es susceptible de aplicarse a la planeación que se realiza a nivel local y a la que se asume como innovación de los pueblos indígenas¹⁸. En tanto las organizaciones indígenas y sus autoridades son receptoras de recursos públicos y de la cooperación internacional, la planeación se convierte en una necesidad, la forma de hacerla es transferida por quienes aportan los recursos, y la institucionalidad debe adecuarse para satisfacer sus demandas.¹⁹

La búsqueda por experimentar formas alternas de planeación y por forjar derroteros para un sistema económico que no tenga la impronta del capital y que se sustente en la racionalidad propia del mundo indígena, se fundamenta en una imagen reduccionista de las sociedades indígenas. Se parte por asumir que la diversidad de pueblos establece de la misma manera relaciones con la naturaleza, pero además se asume que la interacción económica y social al interior de estos pueblos se modela bajo principios comunitarios o de igualdad.

En el contexto de Colombia, la realidad enseña que los pueblos indígenas se integran desde distintos espacios económicos, de tal forma que se pueden describir sociedades históricamente articuladas a la economía campesina y que, dado el contexto ambiental, se ocupan de la producción agrícola o ganadera y de otros productos con destino al mercado, y que durante ciertos períodos del año se desplazan a grandes fincas o centros urbanos para realizar labores de jornaleo. Al mismo tiempo, existen las poblaciones localizadas en territorios selváticos, en donde todavía es posible una economía basada en la agricultura itinerante, en la recolección, la caza y la pesca. Pero en esos mismos entornos también aparecen algunos pueblos asediados por las industrias extractivas, en espacios degradados y sin mayores oportunidades de garantizar su sustento.

Mientras los distintos modelos de planeación no partan de estas realidades y las conjuguen con los derechos formalmente reconocidos a los pueblos indígenas, sus ideales de futuro tampoco

podrán concretarse. Así, las reformas que integran un orden multicultural y escenarios de autonomía y participación, no logran poner en evidencia experiencias en las que se decanten alternativas de desarrollo que contrasten la lógica del modelo dominante. Al contrario, resultan inmersos en dicha lógica, como está ocurriendo en el modelo neoliberal de la salud.

La salud indígena en el modelo neoliberal

El Estado multicultural que irrumpe en 1991, al tiempo que reconoce sujetos y derechos colectivos, se inserta en las lógicas del mercado global, en las que la libre empresa campea aboliendo las fronteras nacionales y el capital transnacional impone un cuerpo de normas que opera por encima de los Estados. Esta racionalidad queda expuesta en los cambios que se suceden en las políticas económicas y sociales del Estado.

Hacia mediados de los años ochenta las organizaciones indígenas impulsan sus propios modelos educativos y de salud, con la intención de fortalecer y promover los conocimientos propios y experimentar una institucionalidad intercultural que les permita mejorar sus condiciones de vida. Durante esa época lograron importantes conquistas para que la salud y la educación fueran apoyadas por el Estado en esa dimensión, conquistas que se plasman en diferentes normativas y que, a pesar de múltiples restricciones y dificultades, les permitió avanzar en modelos propios.

Pero en el año 93, con la promulgación de la Ley N° 100, se inaugura una nueva política de salud, en la que el Estado abandona su función institucional de prestar los servicios y los delega en empresas privadas. La lógica del mercado, que convierte al ciudadano en un cliente y a la salud en un negocio rentable, no exime a los pueblos indígenas. En el nuevo mercado de la salud los indígenas se incorporan no como sujetos colectivos sino como personas individuales, mediante un régimen que responde al esquema de subsidio a la demanda. Esta modalidad se constituye en oportunidad económica para los nuevos empresarios, por cuanto el gobierno transfiere al operador los recursos del subsidio por el número de pobladores indígenas que afilien, al margen del modo como se atiende a la población y de la calidad de los servicios que brinden, lo que da al traste con los avances logrados por el movimiento indígena.

En los años subsiguientes al cambio de régimen, la conformación de empresas para atender la salud en las comunidades se convierte en alternativa para técnicos y líderes al interior de sus organizaciones, una verdadera transgresión al modo de representarse la salud en el discurso y en las históricas reivindicaciones del movimiento indígena. El proceso fue fuertemente impulsado por el Gobierno bajo el argumento de que era el modo de orientar la salud de acuerdo a sus propias especificidades. La incursión de algunas organizaciones indígenas en el nuevo mercado de la salud, da lugar al nacimiento de nuevas formas de asociación que al final reproducen el modelo empresarial determinado por la lógica del capital, bajo la impronta del modelo neoliberal.

Se trata de un nuevo modelo de integración que no requiere de agentes mediadores entre el Estado y los pueblos indígenas, pues son sus mismas organizaciones a través de sus empresas las que se articulan al sistema de salud.²⁰ Estas empresas funcionan a pesar del discurso crítico que reitera la ineficiencia de tal invención neoliberal, aspecto en el que coinciden los pobladores

urbanos, la población campesina, los profesionales de la salud y hasta los mismos agentes estatales. La crítica actual de las comunidades y de las propias organizaciones es la ausencia o la pobre calidad de los servicios de salud.

La promesa incumplida del desarrollo propio

Ha pasado un poco más de dos décadas de haberse inaugurado el nuevo escenario en el que los pueblos indígenas acceden a la condición de sujeto colectivo de derechos, pero el análisis sobre los cambios generados en sus condiciones de vida no es positivo. En Colombia simplemente se ha hecho tránsito a nuevos modelos de la subordinación que históricamente se ha ejercido sobre ellos, y sus territorios siguen expuestos a la colonización, ahora transnacional. Por esto, se puede afirmar que la autonomía de desarrollo es restrictiva y en algunos casos funcional a los intereses que rigen el modelo económico, el cual no deja opciones a estos pueblos para garantizar su pervivencia física y cultural, como lo constata la Corte Constitucional.

Sin embargo, el nuevo estatuto adquiere sentido como mecanismo para resistir, como fórmula para apelar ante la sistemática amenaza y como medio para enfrentar el modo como se les vulnera en su existencia.

En octubre de 2013 se vive otro capítulo de la movilización indígena. En distintos puntos del país las organizaciones salen de nuevo a las carreteras y actualizan una serie de demandas que periódicamente hacen al Estado. Entre ellas, la de dotar de tierras a comunidades que no disponen de éstas o de ampliar las áreas que no satisfacen los mínimos para garantizar seguridad alimentaria. Pero la política agraria no concibe la dotación de tierras a indígenas en áreas de interés para la agroindustria o donde ampliar la frontera económica. Al mismo tiempo las organizaciones indígenas demandan la participación en la definición de las políticas de desarrollo y fundamentalmente en la política minera, la que en grado mayor afecta sus territorios y es fuente de gran parte de la vulneración que experimentan. Frente a esta demanda se esgrime que están en juego los derechos e intereses de la mayoría nacional, y que el desarrollo de toda la Nación y de las futuras generaciones no se somete a discusión.

Al final de la movilización se firman compromisos, se crean mesas de trabajo y al cabo del tiempo se constata que no hay cumplimiento de lo pactado. Este círculo vicioso es el que señala el límite real del Estado concebido como multicultural.

La expectativa del desarrollo propio se actualiza cada vez con nuevas denominaciones. Primero están los planes de vida, luego los planes de salvaguarda y el programa de garantías ordenados por la Corte Constitucional, y ahora se emprende el ejercicio de formular planes de reparación integral en aplicación de la reciente legislación de víctimas del conflicto armado. En todos estos planes se actualizan las demandas alrededor de las cuales se organizaron los pueblos indígenas hace ya más de cuatro décadas. ○

Notas

- 1 Antropólogo de la Universidad Nacional de Colombia e investigador independiente en temas relacionados con los pueblos indígenas y las comunidades afrodescendientes, con especialidad en la región del Pacífico colombiano. Desde hace 30 años asesora organizaciones indígenas, campesinas y afrocolombianas en diversos temas, y desde el año 2010 dirige el Centro de Cooperación al Indígena – CECOIN, ONG perteneciente a los pueblos indígenas de Antioquia y a su organización regional OIA.
- 2 La Constitución en su artículo 93 dispone que prevalecen en el orden interno los tratados y convenios internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia, y que los derechos y deberes constitucionales se interpretan de conformidad con los mismos. Igualmente, en su artículo 53, incorpora a la legislación interna de modo explícito los convenios internacionales del trabajo.
- 3 La política que fundamentó la acción estatal en el siglo XX respecto de la población indígena, considerada como salvaje, fue la integración a la vida civilizada. La tarea fue delegada a la Iglesia católica a través de la educación.
- 4 La indivisibilidad e interdependencia de los derechos humanos fue vislumbrada desde la Conferencia Mundial de Derechos Humanos de Teherán (1968) y acogida formalmente en la Conferencia de Viena (1993).
- 5 La identidad cultural, que da sustento al reconocimiento del carácter de pueblos, es a su vez premisa ineludible del reconocimiento de derechos territoriales y de autodeterminación. Tanto la apropiación y usos del territorio, como los modos de organización, gobierno y control social y sus actividades económicas, se corresponden con patrones culturales propios, con construcciones simbólicas que identifican a cada pueblo o cultura y, por tanto, forman parte integral de su identidad cultural.
- 6 En su V período de sesiones en 2006, el Foro Permanente insta a los países a que adopten procesos nacionales para aplicar los ODM con la participación plena y efectiva de los pueblos indígenas (Ver en Naciones Unidas, Foro Permanente para las Cuestiones Indígenas, Informe sobre el quinto período de sesiones, documento E/2006/43 E/C.19/2006/11).
- 7 En el ejercicio participaron la Organización Nacional Indígena de Colombia (ONIC), la Confederación Indígena Tayrona (CIT), la Organización de los Pueblos Indígenas de la Amazonia Colombiana (OPIAC), Autoridades Tradicionales Indígenas y el Consejo Regional Indígena del Cauca (CRIC).
- 8 Ver, entre otros, los artículos 286, 287, 329, 330 y 356 de la Constitución Política de Colombia, 1991.
- 9 En *Los pueblos indígenas y los ODM* (2013), con base en datos del Departamento Nacional de Planeación (DNP) y proyecciones del Ministerio del Interior a 2011. (MDGF-PNUD a, 2013: 48).
- 10 Un análisis de la tenencia de tierras en esta región se puede encontrar en Villa, 2009.
- 11 A partir de la década de los ochenta con el nacimiento de las organizaciones indígenas se inician los procesos de recomposición territorial y delimitación de resguardos indígenas. El pueblo kofán perdió la mayoría de su territorio. (Roldan, 1999).
- 12 La Constitución de 1991 reconoce a las poblaciones negras como sujetos colectivos con derecho al territorio. Desde mediados de los noventa se inicia la titulación de sus territorios y actualmente cuentan con cerca de 5 millones de hectáreas en propiedad colectiva.
- 13 Después de muchos pronunciamientos judiciales por omisión de la consulta, ésta ha devenido en fórmula para controlar y en la mayoría de los casos acceder fácilmente a la explotación y uso de los territorios indígenas por parte de agentes externos a cambio de pírricas inversiones. (Betancur, 2012).
- 14 Ante más de mil acciones de tutela presentadas por población desplazada exigiendo protección, la Corte Constitucional asume el estudio del fenómeno de desplazamiento en el país y emite la Sentencia T-025 de 2004. En ella constata que a la población desplazada se le vulneran sus derechos, de forma masiva y reiterada, y declara un estado de cosas inconstitucional por el incumplimiento de las obligaciones del Estado frente a esta población. En consecuencia, le ordena al Estado adoptar una serie de ajustes institucionales y en su presupuesto para garantizar plenamente sus derechos.
- 15 En el Auto 004 de 2009 la Corte Constitucional constata que 34 pueblos indígenas se encuentran amenazados de extinción y ordena al Estado formular con su participación planes de salvaguarda para proteger su existencia.
- 16 En el año 2011, después múltiples proyectos de tramitados sin éxito en el órgano legislativo, se expide la Ley de Ordenamiento Territorial, Ley N° 1.454 de 2011, la cual expresamente se abstiene de regular lo relativo a los territorios indígenas y remite al Gobierno presentar, en el plazo de 10 meses, un proyecto específico para ello. Pasados dos años de expedida dicha ley, el proyecto no se ha presentado. No obstante, en los primeros meses del 2014, como

- promesa para la reelección presidencial, el Gobierno se comprometió con las organizaciones a expedir la normativa por Decreto presidencial y ya se cuenta con un texto concertado.
- 17 Es así como la representación que se elabora del mundo indígena, caracteriza a los pueblos por el manejo ambientalmente adecuado de los ecosistemas, con modelos productivos que garantizan la reproducción de la base natural, una racionalidad en la que prima el bienestar en oposición al consumo, y, en síntesis, un modelo económico en el que se puede descubrir o hacer tangible la sostenibilidad.
 - 18 La crítica al modelo de planeación asumido por las autoridades y organizaciones indígenas, no es diferente a la que se realiza al modelo que surge y se instaura en el período de la posguerra, que aparece como racionalidad técnica y legítima las relaciones entre los centros de poder y el tercer mundo. (Escobar, 1996).
 - 19 Hacia finales de los ochenta es extensa la literatura que se elabora desde las agencias de cooperación internacional y los centros de promoción nacional, con el objetivo de formar líderes locales o de las organizaciones sociales con capacidad para realizar diagnósticos y formular sus planes; y aparecen instrumentos para los diagnósticos rápidos, las técnicas para identificar problemas y su causalidad, los textos que enseñan la mecánica para formular proyectos y las cartillas que describen la arquitectura de un modelo de administración que como imperativo se deben apropiarse en la organización, en la empresa comunitaria, en la asociación de productores, y en el sinnúmero de proyectos que encarnan la modernidad o el desarrollo. En el curso del tiempo este lenguaje se convierte en fórmula universal para establecer la relación entre lo local y los agentes gubernamentales y no gubernamentales, nacionales o internacionales.
 - 20 Así como algunas organizaciones indígenas han pasado a ser operadoras de la salud, igual se asumen como intermediarias en sinnúmero de programas estatales. Esta nueva concepción de la función de la organización la limita en su papel político y la sitúa en condición de dependencia.

Bibliografía

- Anaya, J. (2008):** *La globalización, el derecho internacional y los pueblos indígenas: evolución y perspectivas*. En Bello et al. (Comp.), *Globalización, derechos humanos y pueblos indígenas*. Chile: Observatorio de derechos de los pueblos indígenas.
- Arango, et al. (2006):** *Megaproyectos mineros en territorios de comunidades negras e indígenas en el bajo y medio Atrato. El proyecto minero Mandé norte. Etnias y Política, No 3*. Bogotá: OIA- CECOIN.
- Assies, W. (1999):** *Pueblos indígenas y reformas del estado en América Latina*. En Assies et al. (Comp.), *El reto a la diversidad*. México: Colegio de Michoacán.
- Betancur, A. (2012):** *La consulta previa a los pueblos indígenas. De la participación democrática a la expropiación de territorios*. Congreso Red Latinoamericana de Antropología Jurídica (RELAJU), Bolivia, 2012, (ponencia). Disponible en: <http://observatorioetnicocecoin.org.co/cecoin/>
- CECOIN (2013):** *Sistema de Información de los Pueblos Indígenas de Colombia*. Colombia: Autor. Disponible en: <http://observatorioetnicocecoin.org.co/cecoin/>
- DANE (2005):** Censo Nacional de Población.
- Escobar, A. (1996):** *La invención del tercer mundo*. Bogotá: Norma.
- Jaramillo, E. (2011):** *Kimy, palabra y espíritu de un río*. Bogotá: IWGIA.
- Gros, C. (1991):** *Colombia indígena. Identidad cultural y cambio social*. Bogotá: CEREC.
- MDGF-PMUD (2013a):** *La otra visión: pueblos indígenas y los Objetivos de Desarrollo del Milenio, ODM*. Disponible en <http://www.pnud.org.co>
- MDGF-PNUD (2013b):** *Guía de Lectura, Pueblos Indígenas y los ODM*. Disponible en: <http://www.pnud.org.co>
- OIT (2009):** *Los derechos de los pueblos indígenas y tribales en la práctica. Una guía sobre el Convenio núm. 169 de la OIT*. Programa para promover el Convenio núm. 169 de la OIT (PRO 169). Ginebra: Departamento de normas internacionales del trabajo OIT.
- Organizaciones del Pueblo Emberá (2013):** *Plan de Salvaguarda del Pueblo Emberá*, (versión preliminar). Colombia.
- Oxfam, CNOA y ONIC (2011):** *Sistematización de procesos de consulta previa en Colombia*. Disponible en: <http://www.convergenciagnoa.org/files/SistematizaciondeProcesos.pdf>
- PUMC-UNAM (2008):** *Los pueblos indígenas y los indicadores de bienestar y desarrollo "Pacto del Pedregal"*, Informe preliminar. VII Sesión del Foro Permanente para las Cuestiones Indígenas, Organización de las Naciones Unidas. Uni-

versidad Nacional Autónoma de México, Nueva York, Estados Unidos, 23 de abril (Documento de trabajo). Disponible en <http://www.nacionmulticultural.unam.mx>

Roldan, R. (1993): *Reconocimiento legal de tierras indígenas en Colombia*. En Reconocimiento y demarcación de territorios indígenas en Colombia. Bogotá: GAIA, CERC.

(1999) La explotación de petróleo, gas natural y carbón en los territorios indígenas de Colombia. En Alianza del clima, *Minería en territorios indígenas de Colombia, Perú y Venezuela*. Bogotá: CECOIN, ONIC.

Stavenhagen, R. (2006): *Derechos de los pueblos indígenas: esperanzas, logros y reclamos*. En Berraondo, M. (Comp.), *Pueblos indígenas y derechos humanos*. Bilbao: Universidad de Deusto.

Villa, W. (1998): *El movimiento social de comunidades negras. La construcción de una noción de territorio y región*. En Geografía Humana de Colombia (Tomo VI). Bogotá: Instituto Colombiano de Cultura hispánica.

(2002) *El Estado multicultural y el nuevo modelo de subordinación*. En *El Debate a la Constitución*. Bogotá: ILSA-Universidad Nacional.

(2009) *Los pueblos indígenas del Chocó y la expropiación de sus territorios*. En Pacheco, E. (Ed.) *Los derechos territoriales de los pueblos indígenas del Chocó*. Fucla. Quibdó. 2009

(2011) *El movimiento indígena colombiano entre autonomía y dependencia*. En Betancur, A. (Comp.) *Movimiento indígenas en América Latina*. Copenhague, Dinamarca: IWGIA.

El ejercicio de la justicia indígena

Luis Vittor¹

En la historia de lucha de los pueblos indígenas hay un punto de quiebre a favor de sus derechos: la adopción —el 27 de junio de 1989— por la Organización Internacional del Trabajo (OIT) del Convenio sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas y Tribales, el cual reconoce derechos a los pueblos indígenas y deberes de los estados para con éstos. En este artículo analizaremos los avances y desafíos que enfrentan los estados y los pueblos indígenas de la región andina (Perú, Colombia, Ecuador y Bolivia) en el reconocimiento y ejercicio de los derechos y obligaciones establecidas en los artículos 8-10 y 12 del Convenio 169. En primer lugar revisaremos los contenidos del Convenio. En segundo lugar revisaremos las cuestiones indígenas relacionadas en el contexto pre Convenio. Luego abordaremos la situación de los pueblos indígenas post Convenio, con especial énfasis en la aplicación de estos artículos.

El Convenio 169: derechos de los pueblos indígenas y deberes estatales

Derecho a conservar sus costumbres e instituciones propias

El Convenio reconoce que los pueblos indígenas tienen “el derecho a conservar sus costumbres e instituciones propias” (art. 8.2). Esto implica que los estados deberán reconocer las instituciones u organizaciones propias y los sistemas jurídicos (normas y procedimientos) con los que cuentan los pueblos indígenas en el marco del ejercicio de su derecho a la autonomía para regular la convivencia. En resumen, los estados deben reconocer el derecho de los pueblos indígenas a ejercer justicia en sus territorios de acuerdo con sus propias prácticas, usos y costumbres.

El Convenio condiciona el ejercicio de dicha autonomía a “que éstas [prácticas] no sean incompatibles con los derechos fundamentales definidos por el sistema jurídico nacional ni con los derechos humanos internacionalmente reconocidos” (art. 8.2). Por tanto, no pueden justificarse las costumbres indígenas que vulneran los derechos humanos fundamentales (por ejemplo: el derecho a la vida). Y añade que los estados tienen la obligación de establecer “procedimientos para solucionar los conflictos que puedan surgir en aplicación de este principio”.

El Convenio obliga a los estados a que “[a] aplicar la legislación nacional a los pueblos interesados... tom[en] debidamente en consideración sus costumbres o su derecho consuetudinario” (art. 8.1). El Convenio también reconoce la obligación estatal de garantizar que “los miembros de dichos pueblos [puedan] ejercer los derechos reconocidos a todos los ciudadanos del país” (art. 8.3). Es decir, que los indígenas pueden ejercer los mismos derechos y deberes que otros ciudadanos del país.

El deber de respetar los métodos tradicionales de sanción propios de los pueblos indígenas

El Convenio establece que “deberán respetarse los métodos a los que los pueblos interesados recurren tradicionalmente para la represión de los delitos cometidos por sus miembros” (art. 9.1) siempre que sean compatibles con los derechos humanos. De igual manera establece que, cuando las autoridades jurídicas nacionales están llamadas a emitir pronunciamiento sobre delitos penales, “deberán tener en cuenta las costumbres de dichos pueblos en la materia” (art. 9.2) y que al imponerse sanciones penales de acuerdo a la legislación general a indígenas “deberán tenerse en cuenta sus características económicas, sociales y culturales” (art. 10.1) y dar preferencia “a tipos de sanción distintos del encarcelamiento” (art. 10.2).

El deber estatal de garantizar la protección contra la violación de sus derechos: acceso a la justicia

El Convenio reconoce que los pueblos indígenas “deberán tener protección contra la violación de sus derechos, y poder iniciar procedimientos legales, sea personalmente o bien por conducto de sus organismos representativos, para asegurar el respeto efectivo de tales derechos” (art. 12). Es decir, obliga a los Estados a garantizar el acceso a la justicia para los pueblos indígenas y sus miembros. El mismo artículo señala que los estados deberán tomar “medidas para garantizar que los miembros de dichos pueblos puedan comprender y hacerse comprender en procedimientos legales, facilitándoles, si fuere necesario, intérpretes u otros medios eficaces”. Es decir, que los pueblos indígenas y sus miembros puedan tener acceso a información, entender los contenidos y procedimientos legales y contar con defensa adecuada ante las instancias o autoridades judiciales. Por ejemplo, contar con un intérprete cuando las autoridades judiciales no hablan la lengua indígena. Es importante que tanto sus intérpretes o sus defensores tengan conocimiento de su lengua y cultura.

El escenario Pre Convenio 169

El escenario previo a la adopción del Convenio 169 se puede resumir en tres procesos. El primero, tiene que ver con las estrategias propias que los pueblos indígenas impulsaron para “liberarse” de las formas vigentes de explotación colonial (servidumbre, pongaje, terraje, entre otras) y las luchas por la recuperación de la tierra y el territorio en manos de terratenientes (haciendas). En esta etapa la lucha por el ejercicio del derecho a la justicia propia estaba inicialmente ausente, pero a finales de la década de los setenta aparecerá en la demanda de las organizaciones indígenas (por ejemplo de la ECUARUNARI en Ecuador o la ONIC en Colombia). Lo importante de esta fase son los logros en relación a la recuperación del territorio, uno de los elementos claves para el ejercicio de la autoridad propia.

Un segundo proceso tiene que ver con el reconocimiento constitucional y legal de los derechos de los pueblos indígenas, lo que va lográndose con las movilizaciones. Las demandas por la devolución o titulación de la tierra, el territorio, el reconocimiento de las autoridades indígenas y la vigencia de los usos y costumbres indígenas, obtienen consagración en las constituciones de los estados, como en la Constitución de 1979 del Perú.

El tercero está dado por los procesos globales de debate con relación a la situación de los pueblos indígenas que influyeron en el reconocimiento de derechos a estos pueblos. Uno de éstos fue la aprobación –en 1957– del Convenio 107 de la OIT sobre poblaciones indígenas y tribales². Este Convenio fue el primero en relación a los pueblos indígenas, pero por su enfoque integracionista fue objeto de fuertes cuestionamientos por los pueblos indígenas. Otro proceso importante se abrió en Naciones Unidas cuando en 1971 se encargó al embajador José Martínez Cobo llevar adelante el “Estudio general y completo del problema de la discriminación contra las poblaciones indígenas”. En los primeros años de la década de los 80, Martínez Cobo entregó su informe final, el cual incluyó la cuestión de la igualdad en la administración de justicia y asistencia jurídica, concluyendo que “[...] no se encuentra hoy en vigencia efectiva para los indígenas el principio de la igualdad en la administración de justicia”.

El escenario post Convenio 169: el ejercicio y sus efectos

El Convenio ha sido ratificado por 22 estados a nivel mundial. En la región andina por Colombia (1991), Bolivia (1991), Perú (1994) y Ecuador (1998). Más tarde, el 2008, fue ratificado por Chile. La ratificación del Convenio por Colombia y Perú coincide con la aprobación de nuevas constituciones políticas que incluyen reconocimientos a los derechos de los pueblos indígenas. El reconocimiento constitucional también ha sido producto de la movilización y participación política de los pueblos indígenas, en especial en Colombia, Ecuador y Bolivia. Particularmente en estos dos últimos países, donde el protagonismo indígena llevó a la aprobación de nuevas constituciones políticas en 2008 y 2009, respectivamente, que reconocen estos derechos e incluyen el derecho a la jurisdicción indígena.

Colombia: la maximización de la autonomía y minimización de las restricciones en la jurisdicción indígena especial

La Constitución colombiana de 1991 realizó importantes reconocimientos a los derechos de los pueblos indígenas. En ella se establece que “[e]l Estado reconoce y protege la diversidad étnica y cultural” (art. 7). Los territorios indígenas son reconocidos como “entidades territoriales” (art. 286), disponiéndose que serán gobernados por autoridades propias, designadas según “los usos y costumbres de sus comunidades” (art. 330). Con relación a la administración de justicia, el artículo 246 reconoce la jurisdicción especial indígena al disponer que:

Las autoridades de los pueblos indígenas podrán ejercer funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial, de conformidad con sus propias normas y procedimientos, siempre que no sean contrarios a la Constitución y leyes de la República. La ley establecerá las formas de coordinación de esta jurisdicción especial con el sistema judicial nacional.

De la misma manera, la Constitución reconoce las lenguas indígenas como lenguas oficiales en sus territorios (art. 10); el derecho a la igualdad ante la ley, sin discriminación por razones de raza o lengua, y el deber estatal de promover las condiciones para que esta “igualdad sea real y efectiva y [que el Estado] adoptará medidas a favor de grupos discriminados o marginados” (art. 113); el derecho de toda persona a la *acción de tutela* para reclamar la protección de sus “derechos constitucionales fundamentales” (art. 86) y el derecho a acceder a la administración de justicia (art. 229).

A la fecha no se ha dado una ley de coordinación entre la jurisdicción especial y el sistema judicial nacional referido en el artículo 246 de la Constitución. Al respecto, la Corte Constitucional señaló que “el ejercicio de la jurisdicción indígena no está condicionada a la expedición de una ley que la habilite” (Sentencia T-254/94). La misma sentencia estableció las reglas de interpretación para resolver “las diferencias conceptuales y los conflictos valorativos” de la aplicación práctica de los órdenes jurídicos diversos:

- A mayor conservación de sus usos y costumbres, mayor autonomía.
- Los derechos fundamentales constitucionales constituyen el mínimo obligatorio de convivencia para todos los particulares.
- Las normas legales imperativas (de orden público) de la República priman sobre los usos y costumbres de las comunidades indígenas, siempre y cuando protejan directamente un valor constitucional superior al principio de diversidad étnica y cultural.
- Los usos y costumbres de una comunidad indígena priman sobre las normas legales dispositivas.

Más adelante otra sentencia añadió “la maximización de la autonomía de las comunidades indígenas” y “la minimización de las restricciones” como regla de interpretación. En este sentido los límites deben ser “los mínimos aceptables”, lo que incluye actos intolerables que atentan contra “los bienes más preciados del hombre”, siendo éstos el “derecho a la vida, la prohibición de la esclavitud y la prohibición de la tortura” (Sentencia T-349/96).

Tras la promulgación de la Constitución y la ratificación del Convenio 169³ (Ley N° 21 de 1991), el ejercicio de la jurisdicción indígena se fortaleció y comienza a ser reconocido por la población no indígena. Un indicador de esta situación son las múltiples reclamaciones de competencia que los cabildos indígenas han planteado al fuero ordinario, provocando reiterados pronunciamientos de la Corte Constitucional, la que ha producido una abundante jurisprudencia al respecto. Por ejemplo, reconoció que en el fuero indígena se conjugan dos elementos: “uno de carácter personal, con el que se pretende señalar que el individuo debe ser juzgado de acuerdo con las normas y las autoridades de su propia comunidad, y uno de carácter geográfico, que permite que cada comunidad pueda juzgar las conductas que tengan ocurrencia dentro de su territorio, de

acuerdo con sus propias normas” (Sentencia T-496/96). Al mismo tiempo consideró que la jurisdicción indígena “no está condicionada a que ‘hayan ocurrido los hechos dentro de su ámbito territorial’” y que para determinar la competencia es relevante tener en cuenta “las culturas involucradas, el grado de aislamiento o integración del sujeto frente a la cultura mayoritaria, la afectación del individuo frente a la sanción, etc.”. Por otra parte, la Sentencia T-552 de 2003 sintetizó los elementos que hacen viable la jurisdicción indígena: lo *humano* (existencia de un grupo diferenciable por su origen étnico), *orgánico* (existencia de autoridades tradicionales), *normativo* (sistema jurídico propio), *geográfico* (territorio de las comunidades), además de *un factor de congruencia* (no puede resultar contrario a la Constitución ni la ley).

Entre las iniciativas para implementar los derechos reconocidos en la Constitución que buscan establecer una coordinación entre la justicia ordinaria e indígena, se identifica el acuerdo –de 2012– de la Sala Administrativa de la Corte Superior de la Judicatura, “por el cual se establecen las medidas de coordinación inter-jurisdiccional y de interlocución entre los Pueblos Indígenas y el Sistema Judicial Nacional”,⁴ creando una comisión nacional de coordinación con participación indígena (art. 16 del acuerdo). De igual manera, en 2003 se suscribió el programa de “Apoyo a la Coordinación entre el Sistema Judicial Nacional y la Jurisdicción Especial Indígena” a cargo del Consejo Superior de la Judicatura, la Organización Nacional Indígena de Colombia (ONIC) y la Asociación de Cabildos Indígenas del Norte del Cauca (ACIN). Un producto de este programa fue la “Compilación y selección de los fallos y decisiones de la Jurisdicción Indígena Especial 1980-2006”, que reúne las decisiones indígenas en ejercicio de su derecho y los fallos de la jurisdicción nacional sobre los asuntos indígenas.

Aún con los avances en la aplicación y la jurisprudencia progresista de la Corte Constitucional, los líderes y autoridades indígenas son víctimas de la criminalización por el ejercicio de este derecho. Por ejemplo, en un informe hecho público por la ONIC en 2009 se cita el caso de Aída Quilcué, que estaba siendo investigada por la Fiscalía “[...] por secuestro y lesiones personales contra un militar que se infiltró en la minga indígena y fue procesado y castigado según la justicia especial indígena”.⁵ Por otra parte, en su informe de 2011⁶ refiere que pese a la vigencia de la jurisdicción indígena, a octubre de 2010 un total de 757 indígenas se encontraban privados de libertad.

Perú: las comunidades y rondas campesinas en el ejercicio de la jurisdicción indígena

En la Constitución de 1993, el artículo 149 reconoce las instituciones propias y el derecho a la jurisdicción indígena en su territorio:

Las autoridades de las Comunidades Campesinas y Nativas, con el apoyo de las Rondas Campesinas, pueden ejercer las funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial de conformidad con el derecho consuetudinario, siempre que no violen los derechos fundamentales de la persona. La ley establece las formas de coordinación de dicha jurisdicción especial con los Juzgados de Paz y con las demás instancias del Poder Judicial.

Lo anterior es complementario con el artículo 89, por el cual se reconocen las instituciones propias y el derecho a la autonomía:

Las Comunidades Campesinas y las Nativas tienen existencia legal y son personas jurídicas. Son autónomas en su organización, en el trabajo comunal y en el uso y la libre disposición de sus tierras, así como en lo económico y administrativo, dentro del marco que la ley establece. La propiedad de sus tierras es imprescriptible, salvo en el caso de abandono previsto en el artículo anterior. El Estado respeta la identidad cultural de las Comunidades Campesinas y Nativas.

De igual manera, se reconoce el derecho de toda persona a la igualdad ante la Ley, y a no ser discriminado por motivo de origen, raza e idioma (art. 2, 2). Así como “a su identidad étnica y cultural” y “a usar su propio idioma ante cualquier autoridad mediante un intérprete” (art. 2, 19). También reconoce el principio “de no ser privado del derecho de defensa” (art. 139, 14) y “de la gratuidad de la administración de justicia y de la defensa gratuita para las personas de escasos recursos” (art. 139, 16).

Los artículos 138 y 149 constituyen una reafirmación de los avances establecidos por la Ley N° 24.656 (Ley General de Comunidades Campesinas), la Ley N° 24.571 (sobre las Rondas Campesinas) y el Decreto Ley N° 22.175 (de Comunidades Nativas). De igual modo reconoce los límites de la misma: “siempre que no violen los derechos fundamentales de la persona”, en concordancia con el artículo 8.2 del Convenio. Posteriormente –en 2003– se aprobó una nueva Ley de Rondas Campesinas (Ley N° 27.908) donde se reconoce que dichas rondas “apoyan el ejercicio de funciones jurisdiccionales de las Comunidades Campesinas y Nativas. Los derechos reconocidos a los pueblos indígenas y comunidades campesinas y nativas se aplican a las Rondas Campesinas en lo que les corresponda y favorezca” (art. 1).

Las rondas campesinas⁷ han jugado un papel relevante en la aplicación de la administración de la justicia en las comunidades andinas, de acuerdo con el artículo 149 de la Constitución. Sin embargo sus miembros han sido objeto de procesos judiciales por los delitos de coacción, secuestro, usurpación de autoridad y resistencia a la autoridad (del Código Penal), sin considerar las normas establecidas en el marco del Convenio, la Constitución y las leyes nacionales. Ruiz Molleda revisó 14 sentencias de la Corte Suprema, que en su mayoría refieren a la supuesta comisión de los delitos mencionados por las autoridades de las comunidades, en aplicación de la administración de justicia.⁸ El autor analiza la interpretación que se da al artículo 149 en dichas sentencias y considera que estas evidencian “una débil consistencia argumentativa” una “interpretación literal del artículo” y que de las reglas jurídicas que establecen se puede advertir la ausencia “de una sola línea consolidada sino [más bien] de tendencias”. Por ejemplo, reconocen en mayor o menor medida las funciones jurisdiccionales de las rondas campesinas y por tanto no pueden atribuirles delitos de coacción, extorsión, secuestro y usurpación de funciones. En uno de los casos se desconoce la validez de las pruebas obtenidas a partir de la aplicación de la función jurisdiccional de las rondas campesinas, ello como medio probatorio ante la justicia ordinaria.

Por otra parte el Poder Judicial, reconociendo que las diversas salas de la Corte Suprema se han pronunciado sobre los delitos imputados a las autoridades de las rondas campesinas en aplica-

ción de la jurisdicción indígena, donde han utilizado “diversos niveles de razonamiento y sustentado sus decisiones en variadas perspectivas jurídicas y fundamentos dogmáticos, a veces con resultados contradictorios”, adoptaron “como doctrina legal” el Acuerdo Plenario 1-2009/CJ-116.⁹ Dicho acuerdo reconoce a las rondas campesinas funciones jurisdiccionales al nivel de las Comunidades Campesinas y Nativas (fundamento 7 y 8) e identifica los elementos que concurren en la jurisdicción especial comunal-ronderil (fundamento 9): *humano* (existencia de un grupo diferenciable por su origen étnico), *orgánico* (existencia de autoridades tradicionales), *normativo* (existencia de un sistema jurídico propio), *geográfico* (funciones jurisdiccionales dentro del ámbito territorial de la Ronda) y el *factor de congruencia* (no puede vulnerar los derechos fundamentales de las personas).

De igual manera, el Acuerdo identificó las conductas del ejercicio de la jurisdicción comunal-ronderil que atentan contra los derechos fundamentales (fundamento 12): las privaciones de libertad sin causa y motivo razonable; las agresiones irrazonables o injustificadas a las personas cuando son intervenidas o detenidas por los ronderos; la violencia, amenazas o humillaciones para que declaren en uno u otro sentido; los juzgamientos sin un mínimo de posibilidades para ejercer la defensa; la aplicación de sanciones no conminadas por el derecho consuetudinario; las penas de violencia física extrema.

En consecuencia si no se respetan estos límites, las autoridades del fuero comunal-ronderil pueden ser procesados por la justicia ordinaria. El Acuerdo también considera que en caso que la actuación de las rondas campesinas y de sus integrantes se oriente a obtener beneficios ilegales o fines de lucro pueden ser procesados en el fuero ordinario por delitos establecidos en el código penal, pero descarta los cargos de usurpación de funciones y el de secuestro como consecuencia del ejercicio de la función jurisdiccional comunal (fundamento 13). Finalmente deja abierta la posibilidad de que los jueces penales impongan penas compatibles con el artículo 9.2 y 10 del Convenio 169 (fundamento 16) que obliga a considerar sus costumbres, características económicas, sociales y culturales, y tipos de sanción diferentes al encarcelamiento.

Respecto al Acuerdo, Ruiz Molleda cuestiona el alcance normativo del mismo en tanto su aplicación se limita a los jueces y auxiliares del Poder Judicial al no proceder de una decisión del Tribunal Constitucional que sí son vinculantes. Debemos considerar que el Acuerdo es positivo en cuanto apuesta por incorporar la perspectiva del Convenio 169 y orienta el tratamiento de las autoridades de la jurisdicción indígena en casos que los involucren, aún cuando su ámbito de aplicación se restrinja únicamente a los jueces penales. Por su parte el Tribunal Constitucional se refirió al Convenio 169 en la sentencia 03343-2007-PA/TC afirmando que desde su ratificación “su contenido pasa a ser parte del Derecho nacional [...] siendo además obligatoria su aplicación por todas las entidades estatales”, y que éste “viene a complementar –normativa e interpretativamente– las cláusulas constitucionales sobre los pueblos indígenas que, a su vez, concretizan los derechos fundamentales y las garantías institucionales de los pueblos indígenas y sus integrantes” (fundamento 31). Lo señalado fue reafirmado en la sentencia 0022-2009-PI/TC (fundamento 9).

Con relación a la coordinación entre la justicia ordinaria y la justicia indígena, a la fecha no se ha aprobado una ley de coordinación. Sin embargo, existe un dictamen favorable en el Congreso para una “Ley de Coordinación Intercultural de la Justicia”¹⁰ que desarrolla el artículo 149 de la Constitución. Por otra parte, el Poder Judicial –en 2013– estableció un “Protocolo de Coordinación entre

Sistemas de Justicia” y un “Protocolo de Actuación en Procesos Judiciales que Involucren a Comuneros y Ronderos”. Según la Oficina Nacional de Justicia de Paz y Justicia Indígena –ONAJUP–, estos instrumentos se vienen implementando en los distritos judiciales de Loreto, Ucayali y Cusco.

Respecto a esta temática las organizaciones indígenas y de sociedad civil han remitido informes alternativos a la OIT sobre el cumplimiento del Convenio entre 2008 y 2013. En sus informes de 2011 y 2012 las organizaciones denuncian la “persecución judicial” a indígenas por el ejercicio de las funciones jurisdiccionales reconocidas en el Convenio y el artículo 149 de la Constitución, así como en el contexto de protestas indígenas en defensa de otros derechos. Por ejemplo, se menciona la violación del derecho a contar con intérprete por “reticencia de los operadores de justicia o por la inexistencia de un sistema de intérpretes”, el incumplimiento de lo establecido en el artículo 10 del Convenio y que no hay “ninguna consecuencia” para los operadores que inician procesos penales a quienes ejercen la jurisdicción indígena.¹¹ Los informantes demandan la promulgación de una “ley de coordinación entre la jurisdicción ordinaria y la jurisdicción especial indígena”.

Ecuador: en espera de la interpretación constitucional de la jurisdicción indígena

El movimiento indígena ecuatoriano logró que dos asambleas constituyentes reconocieran el derecho a la jurisdicción indígena. Primero, en la Constitución de 1998 (art. 191) y luego en el artículo 171 de la Constitución de 2008, que reconocen a sus autoridades la jurisdicción indígena y el derecho propio:

Las autoridades de las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas ejercerán funciones jurisdiccionales, con base en sus tradiciones ancestrales y su derecho propio, dentro de su ámbito territorial, con garantía de participación y decisión de las mujeres. Las autoridades aplicarán normas y procedimientos propios para la solución de sus conflictos internos, y que no sean contrarios a la Constitución y a los derechos humanos reconocidos en instrumentos internacionales.

El Estado garantizará que las decisiones de la jurisdicción indígena sean respetadas por las instituciones y autoridades públicas. Dichas decisiones estarán sujetas al control de constitucionalidad. La ley establecerá los mecanismos de coordinación y cooperación entre la jurisdicción indígena y la jurisdicción ordinaria.

De acuerdo a esta Constitución, Ecuador se autodefine como un Estado intercultural y plurinacional (art. 1), lo que debe leerse en conjunto con los derechos de las comunidades, los pueblos y las nacionalidades indígenas reconocidos en los artículos 56 al 60. En especial, el artículo 57 reconoce los derechos colectivos siendo uno de ellos el “Crear, desarrollar, aplicar y practicar su derecho propio o consuetudinario, que no podrá vulnerar derechos constitucionales, en particular de las mujeres, niñas, niños y adolescentes” (art. 57, 10). En el artículo 76, numeral 7.i, se reconoce el derecho a que “Nadie podrá ser juzgado más de una vez por la misma causa y materia. Los casos

resueltos por la jurisdicción indígena deberán ser considerados para este efecto”. Finalmente se debe destacar la referencia expresa a “garantizar la participación y decisión de las mujeres” (art. 171) y a que la aplicación del derecho propio no vulnere los derechos de las mujeres (art. 57, 10), disposiciones que constituyen una diferencia con respecto a otras constituciones de la región.

Por otra parte se viene discutiendo –desde 2011– en la Comisión de Justicia de la Asamblea Nacional un proyecto de “Ley Orgánica de Coordinación y Cooperación entre los Sistemas de Justicia Indígena y la Jurisdicción Ordinaria”. El debate sobre este proyecto de ley de coordinación enfrenta el reto de conciliar visiones que representan a las jurisdicciones. Sin embargo, diversas normas establecen una serie de aspectos de coordinación entre ellas. Por ejemplo, el Código Orgánico de la Función Judicial –de 2009– desarrolla las relaciones de la jurisdicción indígena con la jurisdicción ordinaria de acuerdo a lo señalado en el artículo 171 de la Constitución. Esta norma establece que “las autoridades de las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas ejercerán funciones jurisdiccionales [...] dentro de su ámbito territorial” (art. 343); define los principios de la justicia intercultural (artículo 344) bajo los cuales deben actuar los operadores de justicia: diversidad, igualdad, *non bis in idem*, *pro jurisdicción indígena (sic)* e interpretación intercultural; y la declinación de competencia cuando las autoridades indígenas soliciten competencia y demuestren su pertinencia (art. 345). Por otra parte, en el mismo periodo fue publicada la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, que entre sus contenidos establece la acción de protección por incumplimiento y extraordinaria de protección contra decisiones de la justicia indígena (arts. 39 y 65), así como una serie de principios y procedimientos que la Corte Constitucional deberá respetar (art. 66). Esta Ley deja abierta la posibilidad de recurrir ante la Corte Constitucional si la persona estuviere inconforme con la decisión de las autoridades de la jurisdicción indígena (art. 65).

Aún con estos avances, el propio presidente Rafael Correa presentó a la Corte Constitucional una acción de interpretación constitucional sobre el artículo 171 de la Constitución (caso 0007-10-IC, ingresado el 5 de agosto y admitido el 13 de septiembre de 2010). En dicha acción Correa solicitó a la Corte aclarar cuestiones como ¿Cuál es el ámbito de la jurisdicción indígena reconocida por la Constitución? y ¿en qué territorios, a qué personas y qué tipo de conflictos pueden ventilarse en el fuero indígena? A la fecha la Corte no ha resuelto estas cuestiones y su resolución podría establecer una delimitación de las funciones jurisdiccionales de las autoridades indígenas.

El ejercicio de la jurisdicción indígena –como sucede en otros casos– es objeto de criminalización. Las organizaciones indígenas (CONAIE y ECUARUNARI) han denunciado públicamente esta criminalización por el ejercicio de la jurisdicción indígena y han demandado la aprobación de una ley de coordinación.¹² De igual manera desconocen las Fiscalías Indígenas creadas –en 2007– por la Fiscalía General, que a juicio de las organizaciones desnaturaliza la justicia indígena y genera conflictos de jurisdicción.

“La Cocha 2” es el caso que mejor grafica el ejercicio del derecho a administrar justicia, pero también la criminalización de las autoridades indígenas y la disputa de competencias entre la justicia ordinaria y la justicia indígena. Las autoridades de la comunidad de La Cocha ejercieron la jurisdicción indígena para sancionar un hecho –de 2010– relacionado con la muerte de una persona en territorio de la comunidad. La comunidad resolvió en dos asambleas que los responsables

de la muerte debían dar una vuelta a la plaza desnudos y cargando tierra, pedir perdón a los familiares y a la Asamblea, recibir baño con agua y ortiga por 40 minutos, recibir castigo y consejo de cada uno de los dirigentes, realizar trabajo comunitario por cinco años y pagar una indemnización a la familia de la víctima, entre otros.¹³ El proceso generó una cobertura mediática negativa. Esto último motivó que el Fiscal General de la Nación considerase que las autoridades indígenas no tenían competencia sobre el asunto y ordenó se inicie una investigación contra las autoridades indígenas por los presuntos delitos de plagio y tortura a los involucrados. Por su lado el presidente Correa presentó la acción de interpretación del artículo 171 a la Corte Constitucional antes referida. Tras la detención de las autoridades de La Cocha, las organizaciones indígenas se movilizaron para demandar la liberación de los mismos y plantear a la Corte Constitucional una serie de inquietudes con relación a la jurisdicción indígena. Por su parte los familiares de la víctima presentaron a la Corte “una acción extraordinaria de protección contra decisiones de la justicia indígena” (caso 0731-10-EP). Recientemente la Corte falló en este caso e informó que tanto la justicia indígena, el Ministerio Público y la judicatura penal ordinaria no han “vulnerado derechos constitucionales en este caso” y dispone como normas de obligatorio cumplimiento que: será competencia exclusiva y excluyente de la jurisdicción ordinaria “los casos que atenten contra la vida de toda persona” y que la jurisdicción indígena tiene competencia para resolver “conflictos internos” en su ámbito territorial; la aplicación del Convenio 169 por las autoridades de la jurisdicción ordinaria cuando los procesos involucren a indígenas; y la obligación de todo medio de comunicación de obtener autorización para la difusión de casos de la justicia indígena.¹⁴

Bolivia: menores competencias indígenas en la ley de deslinde jurisdiccional

El protagonismo indígena llevó al reconocimiento constitucional de sus derechos. Según la Constitución de 2009, Bolivia es un “Estado Unitario Social de Derecho Plurinacional Comunitario” y se funda en el pluralismo “jurídico, cultural y lingüístico” (art. 1). También reconoce la existencia de las naciones y pueblos indígenas, de sus territorios, y garantiza su libre determinación (art. 2). Reconoce asimismo el sistema de gobierno comunitario, cuyas autoridades son designadas de acuerdo a las normas y procedimientos propios de los pueblos indígenas (art. 11.II.3). Finalmente los artículos 30 al 32 establecen los derechos de las naciones y pueblos indígenas, donde destaca el derecho al ejercicio de sus sistemas jurídicos acorde a su cosmovisión (art. 30.II.14).

Con relación a la jurisdicción indígena la Constitución establece que “La jurisdicción ordinaria y la jurisdicción indígena originario campesina gozarán de igual jerarquía” (art. 179.II). Agrega que “Las naciones y pueblos indígena[...] ejercerán sus funciones jurisdiccionales y de competencia a través de sus autoridades, y aplicaran sus principios, valores culturales, normas y procedimientos propios” (art. 190.I). La Constitución establece que una ley de deslinde jurisdiccional determinará los mecanismos de coordinación y cooperación entre la justicia indígena y la justicia ordinaria (art. 192.III).

En 2010 se aprobó la Ley de Deslinde Jurisdiccional (Ley N° 073), que regula los ámbitos de vigencia entre la jurisdicción indígena y las otras jurisdicciones reconocidas constitucionalmente, determinando los mecanismos de coordinación y cooperación entre estas jurisdiccio-

nes (art. 1). En concordancia con el Convenio 169, la ley señala que todas las jurisdicciones deben respetar los derechos fundamentales (art. 5) y destaca el papel de las mujeres en la administración de la justicia en general. Prohíbe a su vez toda violencia contra la niñez, los adolescentes y las mujeres; reconoce que el linchamiento es una violación a los derechos humanos y prohíbe la pena de muerte. Llama la atención lo establecido en el artículo 10 de esta ley, que limita la aplicación de la jurisdicción indígena a “los asuntos o conflictos que histórica y tradicionalmente conocieron bajo sus normas, procedimientos propios vigentes y saberes, de acuerdo a su libre determinación” (art. 10.I), y al mismo tiempo define los asuntos que no son competencia de la jurisdicción indígena (art. 10.II) en materia penal y civil.

El artículo 14 de esta ley establece los mecanismos de coordinación que incluyen sistemas de acceso a la información, espacios de diálogo sobre aplicación de los derechos humanos y para el intercambio de experiencias sobre los métodos de resolución de conflictos. Por su parte, el artículo 16 establece los mecanismos de cooperación que obligan a que las autoridades jurisdiccionales deban proporcionar antecedentes del caso a las autoridades de la jurisdicción indígena, y en reciprocidad las autoridades indígenas deberán prestar cooperación a las autoridades de las otras jurisdicciones.

La aprobación de esta ley ha generado opiniones contrapuestas pese a que hubo un proceso de consultas con participación indígena. Por un lado se reconocen sus avances con relación a otros países de la región, lo que se complementa con la Ley Marco de Autonomías y Descentralización (Ley N° 031 de 2010) que reconoce la autonomía y gobierno indígena. Sin embargo, las organizaciones indígenas cuestionan algunos contenidos de la Ley de Deslinde Jurisdiccional debido a que no recogió sus propuestas y porque ésta rompe con la igualdad de jerarquía entre las jurisdicciones (la indígena y la ordinaria) al establecer –en el artículo 10.I– competencias menores para la jurisdicción indígena. Ello revela las contradicciones entre lo que manda la Constitución y los contenidos de la Ley. Desde la perspectiva indígena la justicia indígena continúa subordinada a la ordinaria. Por ello, el CONAMAQ ha señalado inicialmente la necesidad de modificar la Ley N° 073 y el 2012 llamó a las instancias estatales a “trabajar una propuesta conjunta”.¹⁵ Posteriormente, el 2013, acordó con otras organizaciones presentar recurso de inconstitucionalidad,¹⁶ aunque a la fecha no se han concretado ninguna de estas acciones.

A la fecha poco se habría avanzado en términos prácticos con relación a la coordinación entre las jurisdicciones y continúan los conflictos entre las mismas. Al respecto, Guarayo¹⁷ sugiere que ambas se mantienen distantes y que está costando la convivencia en igualdad de jerarquía debido al pasado histórico de supremacía de la jurisdicción ordinaria y –agregaríamos– que enfrenta los mismos retos del actual proceso de cambio que vive Bolivia.

Conclusiones

En términos general –25 años después del Convenio 169– la situación de los pueblos indígenas parece no haber cambiado mucho. Lo importante, sin embargo, es que posterior a su adopción por la OIT y ayudado por otros factores (los debates en las Naciones Unidas y la emergencia indí-

gena andina) en menos de una década se logró su ratificación por los cuatro estados de la región analizados en este artículo. También se lograron políticas a favor de los derechos de los pueblos indígenas inspiradas en los contenidos del Convenio. El Convenio 169, además, ha servido a las organizaciones indígenas para la elaboración de sus propuestas, contribuyendo al ejercicio de sus derechos y al acceso a otros mecanismos de protección internacional. Asimismo, ha fortalecido las demandas indígenas en la región.

En lo específico, los estados de la región han reconocido en sus respectivas constituciones políticas los derechos de los pueblos indígenas, enumerados en los artículos 8-10 y 12 del Convenio 169. Por ejemplo, en los cuatro casos analizados se reconocen a los pueblos indígenas su derecho a la administración de justicia en sus territorios y de acuerdo con sus usos y costumbres. A su vez se han recogido las exclusiones que el propio Convenio establece con relación a los derechos humanos fundamentales. Como en el caso de Bolivia, que se prohíbe el “linchamiento” y la pena de muerte como métodos de la jurisdicción indígena. También se puede afirmar que a partir de la ratificación del Convenio y el reconocimiento constitucional del derecho a la jurisdicción indígena, su ejercicio por los pueblos y comunidades se fortaleció y su conocimiento por la sociedad mayoritaria se ha extendido. Como consecuencia de ello, está actualmente transitando de la marginación a la inclusión y de la persecución a la coordinación. En este marco se identifican las diversas iniciativas estatales que se esfuerzan por establecer la coordinación entre jurisdicciones.

Con excepción de Bolivia, en los restantes estados se observan insuficientes esfuerzos para desarrollar una ley nacional que establezca coordinación entre la jurisdicción indígena y la jurisdicción ordinaria. Bolivia ha desarrollado una Ley de Deslinde Jurisdiccional que constituye un avance en la obligación estatal de garantizar la coordinación jurisdiccional, aunque algunas organizaciones indígenas cuestionan las competencias reconocidas a la jurisdicción indígena. En Colombia y Perú se han identificado acuerdos administrativos de la jurisdicción ordinaria para la coordinación jurisdiccional, pero los mismos carecen de la legitimidad para ser de efectivo cumplimiento por los operadores de justicia. En los tres países las instancias legislativas vienen debatiendo proyectos de ley de coordinación jurisdiccional que todavía enfrentan el desafío de conciliar las visiones y el riesgo de que sus resultados signifiquen restricciones a los derechos indígenas.

En la región –pese a los avances– aún persiste el conflicto entre las jurisdicciones. Los conflictos surgen cuando la jurisdicción ordinaria reclama competencias sobre casos que la jurisdicción indígena ha resuelto. En el marco de estos conflictos ocurren prácticas de criminalización contra las autoridades de la jurisdicción indígena por parte de los operadores de la justicia ordinaria. El caso “La Cocha 2” en Ecuador o los casos de las Rondas Campesinas en el Perú son emblemáticos de estas situaciones.

En algunos casos, las cortes constitucionales juegan roles determinantes en las restricciones a las competencias de la jurisdicción indígena. Así, mientras en Colombia la Corte Constitucional ha actuado con la perspectiva de maximizar la autonomía y de minimizar las restricciones para la aplicación de este derecho indígena, en Ecuador los avances en el reconocimiento constitucional de la jurisdicción indígena enfrentan el riesgo de que una interpretación restrictiva de la Corte Constitucional pueda limitar sus competencias.

Una cuestión a destacar en los avances, son las referencias al papel de las mujeres indígenas y la necesidad de proteger sus derechos fundamentales en la aplicación de la jurisdicción indígena. En los casos de Ecuador y Bolivia se reconocen expresamente sus derechos.

En la agenda política del movimiento indígena, las cuestiones relacionadas a la jurisdicción indígena han tenido dos momentos. En la etapa pre Convenio 169 ella comenzó a visibilizarse y a adquirir importancia en la agenda política indígena, tal como sucedió en los casos de Colombia y Ecuador. En la etapa post Convenio, la demanda de jurisdicción indígena ha cobrado fuerza a la par del protagonismo político de los pueblos indígenas en la región. Sin embargo, debemos reconocer que en la etapa previa el principal tema de la agenda política indígena ha sido la recuperación del territorio, y que en la actualidad el tema principal es la defensa del territorio y de otros derechos fundamentales de los pueblos indígenas. Esta afirmación se puede constatar en las comunicaciones indígenas a los mecanismos internacionales de derechos humanos y las observaciones que la OIT realiza a los estados sobre el cumplimiento del Convenio.

Cabe destacar la práctica de las organizaciones en el monitoreo del cumplimiento por los estados de los instrumentos jurídicos internacionales con relación a los derechos de los pueblos indígenas y los derechos humanos. Así en el Perú las organizaciones indígenas han presentado informes alternativos en los últimos seis años y han comenzado a incluir los artículos relacionados con el derecho a la justicia propia y el acceso a la justicia ordinaria en su monitoreo. En Colombia, la ONIC realiza permanentes comunicaciones a los diferentes mecanismos internacionales sobre la situación de los derechos de los pueblos indígenas. Se recomienda que la experiencia de las organizaciones indígenas de la región sirva para ampliar el monitoreo a los artículos del Convenio sobre la justicia propia y –además– de referencia para las organizaciones indígenas de otros países.

Con relación al derecho de igualdad ante la ley y el deber estatal de protección contra la violación a los derechos de los pueblos indígenas, se puede concluir que queda aún un largo camino para su realización efectiva. No hemos profundizado aquí en esta cuestión pero las múltiples comunicaciones de los pueblos indígenas a la OIT de acuerdo a los mecanismos previstos por el Convenio 169 evidencian insuficientes esfuerzos estatales para evitar –por ejemplo– violaciones al derecho al territorio o la ausencia de consentimiento para el desarrollo de proyectos en sus territorios. Otro problema es la ausencia de intérpretes en los procesos seguidos contra indígenas, tal como ha sido denunciado en el caso Bagua en el Perú. ○

Notas

- 1 Luis Vittor es economista, de origen quechua y nacido en Cerro de Pasco (Perú). En 2009 obtuvo el título de experto en "Pueblos Indígenas, Derechos Humanos y Cooperación Internacional" de la Universidad Carlos III de Madrid (España). Ha sido consultor del Fondo Indígena en el Programa de Desarrollo con Identidad enfocado al Buen Vivir Comunitario de los Pueblos Indígenas de América Latina y El Caribe (PRODEI) y actualmente es asesor de la Coordinadora Andina de Organizaciones Indígenas (CAOI).
- 2 En la región andina lo ratificaron Bolivia (1965), Colombia (1969), Ecuador (1969) y Perú (1960). Actualmente no está abierto a ratificaciones pero en algunos los países de América Latina y El Caribe continua vigente: El Salvador, Panamá, República Dominicana, Haití y Cuba.

- 3 El Convenio forma parte del "bloque de constitucionalidad".
- 4 *Acuerdo No. PSAA12-9614 de 2012*, Rama Judicial del Poder Judicial, Consejo Superior de la Judicatura, Sala Administrativa, (Bogotá, julio 19 de 2012).
- 5 ONIC (2009). *Derechos Humanos de las Mujeres Indígenas*. Colombia: ONIC.
- 6 ONIC (2011). *Informe sobre la crisis humanitaria y la violación a los derechos de los pueblos indígenas*, (ONIC, 9 de agosto de 2011).
- 7 En 2006 se constituyó la Central Única Nacional de Rondas Campesinas (CUNARC).
- 8 Ruiz, J. *La implementación normativa y fáctica de la justicia comunal en el Perú. Marchas y contramarchas*. En Justicia Indígena en la Región Andina: Perú, Colombia, Ecuador y Bolivia (pp. 4-42). Colombia: Observatorio Jurídico, CAOJ.
- 9 Acuerdo Plenario N° 1-2009/CJ-116 de la Corte Suprema de Justicia de la República. (Lima, noviembre de 2009).
- 10 Dictamen 01-2013-2014/CPAAAAE-CR de la Comisión de Pueblos Andinos, Amazónicos, Afroperuanos, Ambiente y Ecología.
- 11 Ver: *Perú: Informe Alternativo 2012 sobre cumplimiento del Convenio 169 de la OIT*, p. 40; y *Perú: Informe Alternativo 2011 sobre cumplimiento del Convenio 169 de la OIT*, pp. 34-40. En ambos se informa sobre los procesos penales seguidos a partir de las protestas indígenas del 2009 contra diversos decretos que culminaron con los violentos hechos de Bagua.
- 12 SERVINDI, *Ecuador: Cumbre de justicia indígena desconoce "fiscalías indígenas" creadas por el Estado*, (22 de diciembre de 2013). Disponible en: <http://servindi.org/actualidad/98338>
- 13 Bolívar, B. (2010). *Desde la continuidad histórica, reconstruyendo la jurisprudencia indígena* (pp. 153-176). Ecuador: Fundación Lianas.
- 14 Corte Constitucional del Ecuador emite sentencia en el caso La Cocha, *Boletín de prensa 058* (30 de julio del 2014).
- 15 CONAMAQ, *Resolución, 1era. Cumbre sobre tierra, territorio, medio ambiente*, (CONAMAQ, Oruro, 3-4 de diciembre de 2012).
- 16 CONAMAQ, Conclusiones de la Comisión Política. Mara Tantachawi, (CONAMAQ. Sucre, 28 y 29 de enero de 2013).
- 17 Guarayo, H. (2013). *Alcances e implementación de la Ley de Deslinde Jurisdiccional: visión de las autoridades indígenas originarias de la Nación Yampara (Chuquisaca, Bolivia)* (pp. 111-127). En Justicia Intercultural en los Países Andinos, Contribuciones para su estudio. Bolivia: Red Andina de Justicia de Paz y Comunitaria.

Bibliografía

- Acuerdo No. PSAA12-9614 de 2012**, Rama Judicial del Poder Judicial, Consejo Superior de la Judicatura, Sala Administrativa, (Bogotá, julio 19 de 2012). Disponible en: <http://www.ramajudicial.gov.co/cs/j/downloads/archivosEventos/5796.pdf>
- Acuerdo Plenario N°1-2009/CJ-116 de 2009**, Corte Suprema de Justicia de la República. (Lima, noviembre de 2009). Disponible en: <http://spij.minjus.gob.pe/Graficos/Jurisp/2010/Enero/08/AP-1-2009-CJ-116.pdf>
- Bolívar, B. (2010):** *Desde la continuidad histórica, reconstruyendo la jurisprudencia indígena* (pp. 153-176). Ecuador: Fundación Lianas.
- Fierro, F. (2012):** *La Jurisdicción Especial Indígena en Colombia*. En Justicia Indígena en la Región Andina: Perú, Colombia, Ecuador y Bolivia (pp. 43-57). Colombia: Observatorio Jurídico, CAOJ.
- Guarayo, H. (2013):** *Alcances e implementación de la Ley de Deslinde Jurisdiccional: visión de las autoridades indígenas originarias de la Nación Yampara (Chuquisaca, Bolivia)* (pp. 111-127). En Justicia Intercultural en los Países Andinos, Contribuciones para su estudio. Bolivia: Red Andina de Justicia de Paz y Comunitaria.
- Matos, J. (1976):** *Hacienda, comunidad y campesinado en el Perú*. Perú.
- ONAJUP (2013):** *Protocolo de Coordinación entre Sistemas de Justicia. Protocolo de Actuación en Procesos Judiciales que Involucren a Comuneros y Ronderos*. Perú: autores.
- Poder judicial del Perú:** Oficina Nacional de Paz y Justicia Indígena (ONAJUP). Perú: Programa Eurosocial.
- Ruiz, J.:** *La implementación normativa y fáctica de la justicia comunal en el Perú. Marchas y contramarchas*. En Justicia Indígena en la Región Andina: Perú, Colombia, Ecuador y Bolivia (pp. 4-42). Colombia: Observatorio Jurídico, CAOJ.
- Sentencias de la Corte Constitucional de Colombia:** T-254/94, T-349/96, T-496/96, T-552/03.
- Sentencias del Tribunal Constitucional de Perú:** 03343-2007-PA/TC y 0022-2009-PI/TC.

Nuevos paradigmas estatales para el fortalecimiento del pluralismo jurídico – La justicia indígena en un nuevo modelo estatal

Silvina Ramírez¹

Relevancia del Convenio 169 de la OIT para el fortalecimiento del derecho indígena

El derecho a ejercer derecho propio no es, contemporáneamente ni en la mayoría de los países, el centro de las reivindicaciones indígenas.² Sin embargo, aunque los derechos territoriales ocupan el centro de la escena, la posibilidad de que los pueblos indígenas puedan decidir y gestionar su conflictividad profundiza el fortalecimiento de su identidad y de sus propias instituciones.

Asimismo, el reconocimiento y el fortalecimiento del derecho propio –el respeto por la existencia de pluralismo jurídico–³ genera una serie de consecuencias relevantes, en la dimensión estrictamente jurídica pero también en la política, ya que constituye un apuntalamiento a su autonomía y al goce de todos los derechos colectivos. El Convenio 169 de la OIT,⁴ a partir del artículo 8, contempla el derecho indígena.⁵ Son tres artículos que han sido fundamentales para el avance de su reconocimiento en América Latina. Sin embargo, a pesar del impulso que ha significado, no solo su formulación hoy amerita algunos cambios (sugeridos en este ensayo), sino que su implementación ha sido a la vez muy dispar.

¿Cuáles son las razones que explican las dificultades que se han encontrado para la implementación del Convenio? En primer lugar, a pesar que experiencias recientes acreditan que es posible pensar en un Estado que cobije formas muy disímiles de gestionar la conflictividad, también es preciso advertir que el Estado va adquiriendo formas diferentes, y es en este punto que es difícil predecir cuál será el impacto de estas “dosis de autonomía”.⁶

En segundo lugar, las consecuencias de la desmonopolización de la administración de justicia son muy relevantes. Una de las justificaciones de la existencia del Estado –el monopolio de la administración de justicia– se cae, dado que no es únicamente el Estado el que gestiona la conflictividad, sino que los pueblos indígenas tendrían también esta prerrogativa.⁷ Por otra parte, son autoridades legítimas para administrar justicia tanto los jueces como las autoridades indígenas (mallkus, caciques, longkos, dependiendo cuál sea el pueblo de que se trate).

En tercer lugar, en la configuración estatal y en la propia matriz constitucional, las funciones se alteran y los actores cambian de posición. De esa manera, el Poder Legislativo no es el único autorizado a crear derecho, porque en las comunidades también se determinan internamente cuáles son los comportamientos prohibidos y permitidos, por lo cual se transforma el sujeto que formula reglas que rijan las conductas.

Con este panorama, el reconocimiento de la justicia indígena no es solo una nota al pie de un Estado intercultural, sino que sus consecuencias son tales (y muchas veces no suficientemente señaladas o no advertidas) que podrían llegar a transformar la organización y distribución del poder.

Sin lugar a dudas la instalación del pluralismo jurídico en un Estado lo compromete con procesos de renovación que se han originado en la misma realidad, para dar cauce a una transformación normativa y obviamente teórica.

El obstáculo más importante en el nuevo diseño estatal no es la falta de instrumental normativo que lo regule, y mucho menos la falta de conciencia de pueblos que han sobrevivido –sin perder su singularidad– por siglos a los acontecimientos más devastadores (desde la conquista hasta guerras internas en los propios Estados, así como masacres contemporáneas que diezmaron su población. Baste citar como ejemplo el caso de Guatemala, y los operativos “tierra arrasada” llevados a cabo por el Ejército, en donde se eliminaron comunidades indígenas por completo).⁸ La falta de voluntad política encaminada a admitir y construir un genuino pluralismo estatal, aunada a una historia hostil que consideraba al indígena como alguien que –en el mejor de los casos– debía proteger, produce efectos altamente nocivos que dilatan la obtención de resultados en el corto y mediano plazo.

La Declaración de Naciones Unidas sobre Derechos de los Pueblos Indígenas (en adelante la Declaración) complementa y apuntala lo contenido en el Convenio. Es relevante hacer una lectura conjunta de ambos instrumentos internacionales, no solo porque la Declaración fue suscripta casi dos décadas después de la formulación del Convenio –el contexto ha cambiado, pero la lucha por la consagración de los derechos sigue siendo muy actual–, sino también porque consagra el principio de libre determinación –la llave maestra del reconocimiento de un conjunto de derechos–.⁹ El respeto a la justicia indígena debe ser entendido, entonces, como el ejercicio de dicho derecho.

En definitiva, la administración de justicia indígena es reflejo de la consagración del principio de libre determinación, y por ende, del respeto a la autonomía indígena. Por supuesto que esta autonomía también se expresa en el ejercicio de otros derechos. Sin embargo, su importancia está vinculada a ser conceptualizados dentro del Estado no solo como meros grupos “diferentes”, sino con aquella calidad que los convierte en sujetos políticos, lo que da sentido a la interculturalidad.

En cuanto a la efectiva aplicación del Convenio 169, a dos décadas y media de su aprobación encontramos luces y sombras. En general, es posible afirmar que a medida que los países latinoamericanos iban ratificándolo, se producía un nuevo estado de situación en la región. De todos modos será con el auge –reciente– del control de convencionalidad cuando la relevancia y primacía del Convenio se hace indiscutible.

Pueden darse algunos ejemplos que ilustran lo hasta aquí sostenido. Si de luces se trata, en Guatemala, al fracasar la consulta popular sobre la reforma constitucional en 1999, se apeló al Convenio 169 de la OIT como “la herramienta jurídica” que permitía –frente a la ausencia de la legislación nacional– proteger los derechos indígenas. Así, y a modo de ejemplo, el auto de sobreseimiento en el juicio penal por el delito de robo agravado (nº E.312.2003) dictado por el Juzgado de Primera instancia Penal, de Narcoactividad y Delitos contra el Ambiente del Departamento de

Totonicapán, con fecha 25 de junio de 2003, invocando el artículo 8, 9 y 10 de dicho Convenio, decide dictar el auto de sobreseimiento fundado en que “se dio una efectiva y legal aplicación del Derecho indígena”, y que esto se relaciona con el principio *Non Bis in idem*, que establece que una persona no puede ser juzgada dos veces por el mismo hecho.

En una de sus partes más sobresalientes, destaca:

En el ejercicio del Derecho indígena (maya) se ha identificado tres procedimientos fundamentales, los cuales son: el diálogo, la consulta y el consenso, siendo sus características: la reparación, conciliación, dinamismo, función didáctica y la legitimidad adquirida por el aval de su pueblo. Así también al considerar tres de las más importantes recomendaciones para viabilizar el respeto y reconocimiento del derecho indígena siendo éstas: A) en la necesidad de continuar avanzando en la construcción de un sistema nacional de Justicia para que parta de la realidad social existente que es multicultural, multiétnica y multilingüe. De un sistema que termine con la doctrina jurídica monista y positivista, que se basa en una visión de Estado representativo de un pueblo, con una cultura, un idioma y un único sistema de derecho. B) En el respeto a la diversidad jurídica existente que debe entenderse como un requisito fundamental para consolidar, fortalecer y legitimar el sistema nacional de justicia y que contribuya a su vez a consolidar el proceso de democratización por el que comienza a transitar el país. C) En la obligación que tiene el Estado Guatemalteco de reconocer y respetar los derechos colectivos que le son inherentes a los pueblos indígenas entre los cuales se encuentra el derecho a ejercer su propio sistema jurídico.

Por otra parte, en la jurisprudencia de numerosos países se invoca el Convenio 169 de la OIT.¹⁰ En el caso específico del reconocimiento de la justicia indígena o de la aplicación de legislación nacional a indígenas, algunos fallos nacionales han reconocido su vigencia para proteger derechos indígenas que estaban siendo discutidos.

Específicamente sobre el derecho indígena, es posible mencionar algunos casos paradigmáticos que han sido resueltos invocando el Convenio 169 de la OIT. En Bolivia, un ejemplo de ello es la Sentencia Constitucional 0295/2003-R, Expediente 2002-04940-10-RAC, de 11 de marzo de 2003. Es un caso en donde se presenta un amparo constitucional por parte de un matrimonio perteneciente a una comunidad indígena, en donde la comunidad los había sancionado a ser expulsados y al corte del suministro de energía eléctrica y de gas, porque éstos habían incumplido normas internas, tales como trabajo comunitario. El Tribunal Constitucional solicita una pericia antropológica y convoca a una Audiencia.

Si bien el Tribunal Constitucional hace lugar al amparo, invoca el Convenio 169 de la OIT y exige a los amparistas que ajusten su conducta a las normas comunitarias. El Tribunal Constitucional reconoce así el derecho de las comunidades y pueblos indígenas a aplicar su propio derecho y a ejercer justicia comunitaria. Y lo hace amparándose no solo en la Constitución sino también en el Convenio 169 de la OIT.¹¹

En cuanto a las sombras, a pesar del tiempo transcurrido desde su nacimiento, cabe destacar que aún persiste la reticencia de muchos Estados para incorporarlo a su normativa, dado que las

consecuencias que podría acarrearle en un futuro generan para ellos desconfianza e incertidumbre.¹²

Las resistencias transitan diferentes caminos: la ignorancia de los operadores de justicia (algo que difícilmente pueda ser alegado, más aún después de tantos años de vigencia), la falta de voluntad política para garantizar los derechos contemplados por el Convenio, la creencia equivocada que respetarlo –no obstante su ratificación– significa una amenaza, un desmembramiento del Estado, o una secesión. En Chile, último país de la región en ratificar el Convenio (2008), el Tribunal Constitucional decidió en la sentencia donde se discutió su constitucionalidad, que algunos derechos son autoejecutables (como es el caso del derecho a la consulta), mientras que otros derechos no lo son (como el caso del derecho a ejercer derecho propio), requiriendo una regulación progresiva para su aplicación.¹³ Sin embargo, son los propios jueces en sus sentencias los que incipientemente empiezan a reconocer e incorporar el contenido del Convenio 169 en sus sentencias.¹⁴

Más allá de estas tensiones, su vigencia sigue siendo valiosa. El Convenio es una pieza jurídica fundamental en la consecución de la protección de derechos indígenas. Si bien no ha sido fácil –ni lo es actualmente– que éste sea efectivamente respetado (pues su implementación ha sido costosa en términos de capacitación a operadores de justicia y a organizaciones indígenas, ha sido esforzado establecer criterios de interpretación en los niveles internos, principalmente en aquellos estados cuya organización política es federal, entre otros factores), su vigencia es imprescindible para seguir luchando por los derechos en el campo jurídico.

Interpretación de su contenido – Impacto en el campo jurídico y político

Como ya ha sido señalado, a partir de la aprobación de la Declaración (2007), la interpretación de los artículos del Convenio debe llevarse adelante en consonancia con ésta, y de acuerdo con las observaciones generadas por los órganos de la OIT.

Por otra parte, se vuelven insumos insoslayables los que surgen de los organismos especializados de Naciones Unidas: informes, estudios, dictámenes, tanto del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas, como del Mecanismo de Expertos sobre los Derechos de los Pueblos indígenas y el Foro Permanente para Cuestiones indígenas.

Complementan este cuadro de situación la producción que surge de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante Corte IDH). El Sistema Interamericano de Derechos Humanos, progresivamente, se ha convertido en una fuente de derecho que se vuelve decisoria para afinar la tarea interpretativa. Por otra parte, más allá de que utiliza como instrumento jurídico privilegiado la Convención Americana de Derechos Humanos, para cuestiones atinentes a pueblos indígenas utiliza expresamente el Convenio 169 como pauta interpretativa.

De este modo, con este “arsenal interpretativo”, la lectura de los artículos pertinentes del Convenio 169 no es un tema secundario, dado sus impactos tangibles en el campo jurídico y en el

campo político. En otras palabras, del contenido que se le atribuya a sus artículos dependerá su capacidad de incidencia para proteger efectivamente derechos indígenas.

En el artículo 8 del Convenio,¹⁵ en sus tres incisos, se destacan:

- La obligación de tomar en consideración sus costumbres o su derecho consuetudinario. Ha sido interpretado y entendido que el derecho consuetudinario hace referencia –como sinónimo– al derecho propio o justicia indígena, y no debe entenderse como un derecho subordinado al ordinario, o como una fuente secundaria. No obstante, sería deseable que en una futura reforma del Convenio se reemplazara la terminología por la señalada. Esto obedece a la necesidad de no dejar ningún resquicio ni lugar a duda de la equiparación del derecho indígena con el derecho ordinario.
- La necesaria compatibilidad que debe existir entre las costumbres indígenas e instituciones propias con los derechos fundamentales definidos por el sistema jurídico nacional y con los derechos humanos internacionalmente reconocidos. Esta formulación –aunque amerita una revisión– debe ser entendida a partir de una definición amplia e intercultural de lo que debe ser conceptualizado como un derecho humano fundamental.

Este último punto amerita una reflexión adicional. Uno de los temas que más discusiones ha suscitado la administración de justicia indígena es el respeto de los derechos humanos fundamentales. Más allá que ya han sido receptados por los principales instrumentos normativos internacionales, una de las demandas más recurrentes de los Pueblos indígenas es que éstos sean interpretados interculturalmente.¹⁶

Existen muchos problemas que remiten al respeto de los derechos humanos por la justicia indígena, todos ellos enmarcados en las tensiones axiológicas existentes que vuelven a imponer un paradigma sobre otro, o lo que es lo mismo, utilizan un criterio de corrección desde una perspectiva occidental, algo totalmente inadmisibles y erróneo desde una postura que respeta a rajatabla la diversidad cultural.

Ciertamente, cuando se elaboraron gran parte de los tratados internacionales de derechos humanos que hoy están vigentes,¹⁷ no existían voces indígenas en la discusión. Hasta no hace muchos años atrás la representación indígena se encontraba ausente en los debates en los foros internacionales, pero en aquel momento de aprobación de la Declaración Universal de los Derechos del Hombre (1948), el contexto social y político hizo necesario la aprobación de instrumentos jurídicos de este tipo que garantizaran un piso de derechos.

Sin embargo, cuando se piensa en Estados interculturales, se debe partir del presupuesto de que existen valores en pugna y que se hace preciso reconciliarlos, o establecer mínimos que no deben ser traspasados. Con este punto de partida, existen dudas acerca de lo que la justicia indígena puede garantizar en materia de derechos humanos. Otra vez, surgen –casi que inevitablemente– posicionamientos que suponen la superioridad de una cultura sobre otra.

Por una parte, la justicia indígena posee sus propias reglas fundamentadas en sus valores, sus tradiciones, sus pautas culturales, su cosmovisión del mundo. Por la otra, los derechos humanos, si bien definidos desde la perspectiva occidental, han sido incorporados como universales en

numerosos instrumentos internacionales. La tensión que se produce entre este bagaje cultural y lo que ha sido consensuado y definido en el plano internacional y con consecuencias en lo nacional –como son los derechos humanos con un contenido universal, independientemente de las culturas que se trate–, es lo que constituye el centro de este debate.¹⁸

El artículo 8 del Convenio 169 debería ser reformulado para zanjar este debate. Más allá de las interpretaciones ya establecidas por los órganos de la OIT, entre los operadores judiciales suscita dudas la frase “siempre que éstas no sean incompatibles con los derechos fundamentales definidos por el sistema jurídico nacional”, ya que da lugar a entender que la jurisdicción indígena debe ser reducida y limitada. Para evitar cualquier tipo de interpretación alternativa, el texto del artículo debería ser reformado en el siguiente sentido: “que no sea incompatible con los derechos humanos definidos interculturalmente”.

Por su parte, el artículo 9 del Convenio resalta:

- El respeto por las sanciones provenientes de la cultura indígena, siempre que sean compatibles con el sistema jurídico nacional y con los derechos humanos internacionalmente reconocidos.
- La importancia de tener en cuenta las costumbres indígenas en materia penal.

Este artículo parece aún más restrictivo que el artículo 8,¹⁹ dado que se refiere al sistema jurídico nacional, aparentemente considerado como un todo. Si bien es preciso llevar adelante una teoría interpretativa coherente, por lo cual éste debe ser entendido en total acuerdo con el artículo 8, sería conveniente reemplazarlo, dejando solo la obligación de compatibilidad con los derechos humanos definidos interculturalmente.

Las mayores divergencias para respetar este artículo del Convenio se dan alrededor de las sanciones/castigos que impone la justicia indígena. También existen discusiones acerca de cuáles comportamientos se determinan como disvaliosos. Sin embargo, lo que desafía a concepciones enormemente arraigadas en nuestras sociedades es la respuesta que las autoridades indígenas y sus comunidades dan a aquellas conductas que se desvían de lo considerado correcto.

Las disputas acerca de las sanciones tienen una cuota de hipocresía difícil de soslayar. En nuestras propias sociedades las condiciones en las que se aplica la pena de privación de la libertad es claramente violatoria de los derechos humanos fundamentales. Entonces, ¿cuál sanción es más lesiva para la dignidad del ser humano, un azote o la cárcel?²⁰ En otras palabras, si sería más gravoso –por ejemplo– obligar al autor de un delito a realizar un trabajo comunal (quizás interpretado como el sometimiento a trabajos forzados) o la imposición de una condena privativa de libertad por un tiempo más o menos prolongado –que constituye una medida impensable e inexistente en la comunidad–, independientemente de que esta medida goce de absoluta legitimidad.

Estos interrogantes, sin embargo, ceden frente a castigos tales como la pena de muerte, ya que sin lugar a dudas no es admisible –bajo ninguna circunstancia– que se incurra en sanciones como la mencionada, violatoria de todas las disposiciones internacionales que salvaguardan los derechos humanos. Este argumento no solo se justifica en la creencia de la existencia de determi-

nados derechos que son incuestionables e innegociables, sino también en que la defensa de la integridad cultural no exige que todas sus prácticas sean respetadas.

Deben matizarse las posturas extremas. Admitir que es preciso llegar a definiciones interculturales de lo que se entiende por derechos humanos, en donde participen todos los involucrados. También admitir que es posible que la administración de justicia indígena, en algunos casos, involucre ciertas violaciones a los derechos humanos y, en ese sentido, el Estado debe perfeccionar un mecanismo que permita su control.

Este control puede estar dado por diversos procedimientos.²¹ El que se presenta como el más adecuado, y en coincidencia con algunos autores, es el de un jurado escabinado,²² formado por jueces y miembros de las comunidades indígenas, en donde se puede discutir y finalmente arribar a la solución que exige el caso.²³ Sin ignorar que estas alternativas son difíciles de implementar, y que su desarrollo puede significar todo un proceso, es sin duda uno de los tantos caminos que debemos transitar si se pretende genuinamente alcanzar un Estado intercultural.

Más allá de la vigencia en gran parte de América Latina del Convenio 169, y de la claridad de su artículo 9 en cuanto a la obligación del Estado de respetar las sanciones establecidas en las comunidades indígenas, las tensiones entre ambos sistemas de administración de justicia fueron presentándose como ineludibles. Cuando todo hacía suponer que estas diferencias eran insalvables, y que inevitablemente la justicia indígena violaba derechos humanos fundamentales, una sentencia de la Corte Constitucional colombiana llegó para aportar claridad a discusiones tan controvertidas.²⁴ En un caso en que se discute la sanción del fuste (azote), la Corte colombiana dicta una sentencia en donde establece los mínimos que debe respetar la administración de justicia, ya sea indígena u ordinaria.

En primer lugar, no concibe el uso del fuste como tortura, tal como había sido alegado por los tribunales de primera instancia. Asimismo, establece cuatro mínimos que no pueden ser franqueados:

- Derecho a la vida, no a la pena de muerte.
- Derecho a la integridad física, no a la tortura.
- Derecho a la libertad, no a la esclavitud.
- Derecho al debido proceso, entendido este último como las formas tradicionales que utilizan los pueblos indígenas para resolver sus conflictos.

Más allá de estos mínimos, los pueblos indígenas pueden aplicar las sanciones concebidas culturalmente. Esta interpretación ha marcado la discusión alrededor de los derechos humanos. Principalmente, porque las cláusulas constitucionales deben interpretarse respetando la diversidad cultural. Y porque ha sido el Convenio 169 el que ha promovido el debate en las más altas instancias de justicia en la región.

Reformas normativas y formulación de políticas públicas

En las últimas décadas, se ha avanzado en los contenidos y alcances de una administración de justicia propia a través de reformas normativas. A partir del Convenio 169, los debates que suscita

la coexistencia de la justicia indígena y la justicia ordinaria se han profundizado. De analizar el fenómeno como sistemas de justicia radicalmente diferenciados, se reflexiona actualmente sobre cuáles son los canales de comunicación entre ambos. Ya no se trata de pensar la relación entre sistemas de justicia aislados, sino de repensar cuál es el significado de su articulación. Ejemplos como los de Guatemala, Bolivia o Ecuador²⁵ dan cuenta de hasta qué punto los sistemas terminan “enredándose”, generando también espacios de intercambio, interculturalidad e interretnicidad.

Como suele suceder en el “mundo indígena” nada es homogéneo, por lo cual no es posible realizar afirmaciones generales en los distintos países, como en la Argentina, en donde el reconocimiento, y especialmente el reconocimiento de la justicia indígena, es aún muy incipiente. Mucho menos aún existe un desarrollo simétrico entre reformas constitucionales y legales y formulación de políticas públicas. Antes bien, las reformas normativas se destacan sobre las políticas diseñadas desde el Poder Ejecutivo, que –con matices entre los diferentes países– son coyunturales y espasmódicas, y muchas veces no refleja la relevancia del tema.

Una vez que se reconoce desde los Estados la administración de justicia propia, uno de los desafíos que surge –y de hecho, alrededor del cual se trabaja consistentemente hace más de dos décadas, coincidentes con la adopción del Convenio 169– es cómo llevar adelante la articulación entre diferentes sistemas normativos que coexisten en un mismo espacio geopolítico. En otras palabras, cómo instrumentar el pluralismo jurídico.

La coordinación o articulación es una dimensión que los estados no han abordado fácilmente. Tanto es así, que a pesar de que en la ola de reformas de la década de los 90 ha incorporado el reconocimiento de la administración de justicia indígena, es en las reformas constitucionales de esos años, principalmente en los países andinos, en donde se incorporan fórmulas constitucionales que incorporan el pluralismo jurídico. Estas nuevas constituciones toman el impulso de su renovación en el tema indígena del Convenio 169, adoptado en 1989. Es en el nuevo siglo, con las últimas reformas constitucionales en América Latina, la Constitución ecuatoriana de 2008 y la Constitución boliviana de 2009, donde se instala –al menos normativamente– un paradigma más sólido de reconocimiento de la justicia indígena. El pluralismo jurídico, inspirado en el Convenio 169, según parece se asienta con fuerza en la norma suprema de los estados.

En 2010 se sanciona la primera ley de coordinación (llamada ley de deslinde jurisdiccional) en Bolivia.²⁶ En 2013 se aprobó el dictamen del proyecto de ley de Coordinación Intercultural de la Justicia en el Congreso de la República de Perú, quedando a la espera de ser sometido a un proceso de consulta. Actualmente, se encuentra en debate una ley de similares características a las de Bolivia en Ecuador.

Bolivia es francamente un caso paradigmático. Un Estado cuyo presidente es indígena, y en el que se sanciona una ley que significa claramente un retraso de lo contemplado en los instrumentos jurídicos internacionales, principalmente en relación al Convenio 169. Dicha ley, prácticamente, vacía la jurisdicción indígena.²⁷ Esto únicamente es una muestra de los obstáculos conceptuales que existen para concebir una administración de justicia descolonizada y en ejercicio pleno de la libre determinación.

Una ley de coordinación debería no solo contribuir a despejar cualquier “discusión interpretativa” del texto constitucional, sino que podría además ampliar sus alcances, dotándolo de mejores

instrumentos para su aplicación; por último, puede también generar un marco de articulación y coordinación que evite cualquier solapamiento o confusión sobre los alcances, tanto de la jurisdicción ordinaria como de la jurisdicción indígena. Sin lugar a dudas, no es el caso de la ley de deslinde jurisdiccional en Bolivia.

Lo anterior no demuestra si no las dificultades que enfrenta una ley que pretenda establecer las reglas de juego de la relación entre sistemas jurídicos diferentes. Si se lleva adelante un análisis superficial de la ley de deslinde jurisdiccional de Bolivia, pueden detectarse las resistencias del Estado por dejar en manos de las comunidades y pueblos indígenas la resolución de sus propios conflictos.

Por otra parte, ya en estudios llevados adelante en la última década, se pretende cambiar el eje del enfoque y ya no hablar solo de coordinación, tomando a los sistemas jurídicos como aislados sin posibilidad de interacción, sino que se adjetiva esta coordinación como interlegal, intercultural e interétnica, para hacer referencia a que los estudios y análisis deben ser realizados desde una perspectiva holística, tomando al sistema jurídico como un todo.²⁸

Existen experiencias documentadas en Bolivia²⁹ que demuestran que los sistemas de justicia no son sistemas puros sino, por el contrario, también utilizan elementos ya sea de la justicia ordinaria, ya sea de la justicia indígena, interrelacionando en el mismo campo. En otras palabras, no se hablaría de dos campos jurídicos, sino del mismo campo en donde se entremezclan los elementos indígenas y no indígenas.

Por ello, actualmente, es posible hablar de híbridos legales o una coordinación interlegal o intercultural; no obstante, estas categorías pueden ser válidas para los países andinos o como Guatemala, pero no es posible generalizar en todos los países latinoamericanos. Sin ir más lejos, en Argentina es impensable hablar de interlegalidad si antes no se habla de pluralismo jurídico en sentido clásico. Es tal el desconocimiento, que un primer paso es promover el respeto de la justicia indígena, e incluso estratégicamente es conveniente tomarlo como un sistema jurídico o normativo aislado (aunque esté claro que los sistemas puros no existen), para promover el fortalecimiento de su institucionalidad. Hablar de interlegalidad ya implica haber recorrido un camino, y en países como Chile o Argentina es todavía prematuro, a pesar de que en este último el Convenio 169 se encuentra vigente hace más de diez años.

Esta perspectiva hace repensar, nuevamente, la relación entre el Estado y los pueblos indígenas. En la medida en que este intercambio se profundice, será más sencillo que el Estado asuma la justicia indígena como parte de la justicia estatal. Esta situación también es muy problemática, porque las autoridades indígenas –muchas de ellas, al menos– no quieren ser diluidas en lo que se llama autoridades estatales, por lo que en un sentido la pérdida de su identidad es un efecto no menor que deberá ser tenido en cuenta en un análisis posterior.³⁰

En México, en el estado de Guerrero, se ha gestado en las comunidades indígenas –y después de muchas controversias, que aún subsisten, fueron reconocidas por el Estado– el Consejo Regional de Autoridades Comunitarias (CRAC) y la Policía Comunitaria (PC), como una forma de administrar justicia y garantizar la seguridad en el interior de las comunidades, debido, entre otras razones, a la ausencia del Estado. El reconocimiento estatal no fue buscado por las autoridades indígenas, por lo cual su ubicación dentro del Estado sigue siendo un tema delicado para todos los

sectores. El Diario El Universal de México publica el 1 de febrero de 2012: “La ‘Asamblea del Tribunal de los Pueblos Organizados y la Policía Comunitaria’, para enjuiciar a los detenidos bajo la ley de usos y costumbres tuvo lugar a 135 kilómetros de la capital de Guerrero, en la explanada principal de El Mesón, una de las 108 comunidades de Ayutla [...]”. En este caso, se juzgaba a 54 personas acusadas de robo y secuestro, sin que la justicia ordinaria haya actuado para detener su accionar. Vale la pena enfatizar que en este caso las autoridades indígenas se encuentran ejerciendo derecho propio, lo que no debe confundirse con otros grupos paralegales que pretendan administrar justicia por mano propia.

No obstante, en estos casos, interseccionan las reformas legales y las políticas públicas. Las primeras, como es el ejemplo mexicano, son utilizadas como modo en que el Estado enfrenta, por una parte cuestiones de inseguridad, por otra parte reivindicaciones propias que involucran cuestiones de derecho. Desde esa perspectiva, las políticas públicas suelen oscilar entre un marcado asistencialismo y un paternalismo que finalmente –a pesar de sus buenas intenciones– solo trabaja sobre los emergentes sin apuntar a cambios estructurales, y mucho menos considerar que los destinatarios de las políticas son un sujeto colectivo que detenta un conjunto de derechos que deben ser respetados.

Los obstáculos que enfrenta, entonces, la formulación de genuinas políticas interculturales están relacionados primordialmente con un punto de partida equívoco, asociado al nacimiento de los mismos estados. Con ese mal inicio, lo que se construyó a continuación fue una suerte de acompañamiento a concepciones que iban de un segregacionismo obscuro, pasando por un asimilacionismo, y llegando en el mejor de los casos a lo que se denomina integracionismo, pero sin construir una relación con un “otro” diferente, con situaciones políticas y jurídicas análogas. El Convenio 169 si bien construye, o se incluye, en el paradigma del “pluralismo jurídico” –superador de aquel establecido por el Convenio 107, su predecesor–, sigue siendo notablemente difícil que éste se plasme en políticas públicas concretas dirigidas a los pueblos indígenas.

Como se advierte, en pleno siglo XXI y con material normativo que protege un conjunto de derechos de los Pueblos indígenas, todavía no existe una cabal comprensión de los alcances del reconocimiento. De este modo, tampoco es esperable que ese mismo Estado pueda delinear políticas públicas que sean interculturales, y consideren a los pueblos indígenas como genuinos sujetos políticos, aquellos que gozan de derechos colectivos.

Movimientos indígenas y el Convenio 169

A partir de la lucha de los movimientos indígenas por el reconocimiento de sus derechos y de sus sistemas de autoridades, los instrumentos internacionales –el Convenio 169³¹ y la Declaración– receptan sus demandas y, con ello, las legislaciones nacionales deben adecuar sus disposiciones a una realidad que consistentemente habían ignorado. Claro está que esta descripción simplista de un proceso que lleva décadas de desarrollo y de vaivenes deja de lado una discusión interna rica en argumentos, que tiene como telón de fondo un replanteo profundo de la situación jurídica de los pueblos indígenas.

Un derecho indígena en permanente vigencia, no escriturizado, absolutamente dinámico y en cambio constante, con un sistema de autoridades que goza de una profunda legitimidad en las comunidades, ha promovido la necesidad de una regulación que encuentre niveles de coordinación entre modos distintos de administrar justicia.³²

En este sentido, el orden jurídico estatal se conforma ahora con las normas contenidas en instrumentos jurídicos internacionales incorporados en el derecho interno, la Constitución y legislación secundaria, y la legislación que surge en las comunidades indígenas. Se presenta, a nivel orgánico-estructural, la coexistencia de la jurisdicción ordinaria y la jurisdicción indígena, constituyendo esta última un fuero más dentro de los órganos de administración de justicia. Así configurado, estamos frente a un genuino pluralismo jurídico.

Organizaciones indígenas y organizaciones de la sociedad civil promueven en la praxis el pluralismo jurídico, sosteniendo una convicción muy fuerte de que solo la conformación de un Estado plural podrá enfrentar los males de la globalización combinándolo con una soberanía no rígida, y con un nuevo acuerdo entre los distintos pueblos que componen el Estado. No hace falta ir muy lejos en la historia de nuestros pueblos para demostrar que movimientos como el de Chiapas intentan encontrar una síntesis entre las demandas indígenas, una nueva estructura política y la posibilidad de lidiar con un orden internacional al que se deben poner límites.³³ Esta es una alternativa válida y atractiva para imaginarnos un orden sin violencia, en el que los pueblos indígenas puedan diseñar autónomamente sus planes de vida.

No se trata de generar “sincretismos” o culturas híbridas³⁴ en donde, por lo general, una de las culturas es predominante y las otras son subordinadas. Por el contrario, se deben realizar todos los esfuerzos tendientes a generar diálogos genuinos entre culturas diferentes, que privilegien el respeto de cosmovisiones, espiritualidades y formas de gestionar la conflictividad. Si bien es cierto que nuevas formas de interlegalidad pueden redundar en un mejor servicio de justicia, se debe estar muy atento a que no profundicen la desigualdad.³⁵

Por ello, la administración de justicia por parte de las autoridades indígenas en las comunidades no apunta únicamente a generar Estados interculturales, sino que es relevante a su vez para la propia comunidad. Más allá de que muchas veces el reconocimiento de los derechos indígenas puede entenderse como parte del orden global neoliberal,³⁶ también es cierto que el derecho refuerza identidades. Desde esa perspectiva, se considera valioso el ejercicio de un derecho que interpela profundamente al Estado.

La disputa de soberanías que se produce como consecuencia de ese reconocimiento también forma parte del entramado de aceptación/rechazo. Si bien es necesario admitir, tal como se vienen denunciando desde diferentes sectores, la funcionalidad de la “multiculturalidad liberal” para políticas cuyo objetivo no son precisamente los pueblos indígenas, se vuelve asimismo necesario señalar las ventajas de insertar, dentro de un mismo Estado, procesos de gestión de la conflictividad que tienen lógicas o racionalidades diferentes.

El Convenio 169 se ha resignificado a lo largo de estas dos décadas y media. Su lectura hoy no es la misma de 1989 cuando fue adoptado. Sin embargo, aún con una formulación que actualmente merece la pena ser revisada, ha destacado los derechos colectivos de los pueblos indígenas. El giro profundo que establece con respecto a su antecesor, el Convenio 107, expresa un

enfoque de derechos humanos, el cual constituye un punto de inflexión en la relación Estado - Pueblos Indígenas.

Apuntes de cierre

El Convenio 169 de la OIT es una herramienta fundamental en la protección de los derechos indígenas. Actualmente, sigue siendo la más calificada para invocarla, ya sea para que los Estados que lo ratificaron adapten su legislación interna a su contenido, ya sea para ser aplicado una vez que se ha suscitado un conflicto que debe ser dirimido en sede judicial, ya sea para formular determinadas políticas públicas consistentes con el contenido del Convenio.

En el tema específico del reconocimiento del pluralismo jurídico, el Convenio 169 fue un gran impulsor del respeto de las instituciones indígenas, entre éstas la administración de justicia indígena. A partir de su vigencia, las organizaciones indígenas encontraron un instrumento privilegiado para defender sus derechos. Los Estados se vieron compelidos a tomar en serio el tema de los pueblos indígenas –y del pluralismo jurídico– y si bien las reacciones estatales fueron dispares, lo cierto es que el Convenio se utilizó –y se utiliza– como un modo de presión para que los Estados cumplan con las obligaciones internacionales establecidas.

Por otra parte, en América Latina ha sido también relevante que el Sistema Interamericano de Derechos Humanos (SIDH) aplique como pauta de interpretación, para dirimir conflictos en los que se encuentran involucrados pueblos indígenas, precisamente el Convenio 169 de la OIT. Dado que el SIDH se ha convertido progresivamente en un actor central en la región, mencionar el Convenio en sus sentencias o informes le otorga un lugar especial para influir en decisiones de alto impacto. Así, en temas tan sensibles como derechos territoriales las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) han sido clave para clarificar algunas discusiones conceptuales con alcances prácticos indiscutibles. Si bien no existe una sentencia de la Corte IDH específica sobre reconocimiento de la administración de justicia indígena, los derechos indígenas que establece hasta el presente –utilizando como pauta interpretativa el Convenio–, forman parte de un material jurídico insoslayable a la hora de garantizar precisamente esos derechos.

Sería deseable que en una futura reforma y actualización del Convenio, y a partir de la experiencia acumulada en la región, se introdujeran cambios para despejar cualquier inquietud interpretativa. En ese sentido, se sugiere descartar la terminología “derecho consuetudinario”, y reemplazar los límites establecidos para la administración de justicia indígena por los “derechos humanos definidos interculturalmente”.

Finalmente, a 25 años de su adopción (con las diferencias establecidas por cada país en cuanto a su ratificación y entrada en vigencia), el balance es positivo. Si bien un instrumento jurídico no cambia por sí solo la realidad (lo que se conoce como fetichismo normativo), sí contribuye a gestar transformaciones. En este sentido, el Convenio 169 sigue siendo un instrumento privilegiado, provocando con su vigencia debates, generando doctrina, creando nueva jurisprudencia, contribuyendo –en definitiva– a alcanzar con su presencia nuevos paradigmas estatales, en donde los derechos indígenas se consoliden. ○

Notas

- 1 Profesora de Derecho Constitucional en la Universidad de Buenos Aires y de Pluralismo Jurídico en la Universidad de Palermo. Presidente de la Asociación de Abogados de Derecho Indígena (AAD), Asesora Académica del CEPPAS/GAJAT.
- 2 Tal vez con la excepción de Bolivia, en donde el reclamo para modificar la actual ley de deslinde jurisdiccional (mencionada más adelante en este artículo), es una de sus demandas centrales.
- 3 Se entiende por pluralismo jurídico la coexistencia, en un mismo espacio geopolítico, de multiplicidad de sistemas normativos.
- 4 Para un análisis exhaustivo de cada uno de los artículos del Convenio 169 cfr. Gomiz, Micaela; Salgado, Juan Manuel (2010). *Convenio 169 de la O.I.T. sobre Pueblos Indígenas. Su aplicación en el derecho interno argentino*, Buenos Aires: ODHPI, IWGIA.
- 5 Art. 8: 1. Al aplicar la legislación nacional a los pueblos interesados deberán tomarse debidamente en consideración sus costumbres o su derecho consuetudinario; 2. Dichos pueblos deberán tener el derecho de conservar sus costumbres e instituciones propias, siempre que éstas no sean incompatibles con los derechos fundamentales definidos por el sistema jurídico nacional ni con los derechos humanos internacionalmente reconocidos. Siempre que sea necesario, deberán establecerse procedimientos para solucionar los conflictos que puedan surgir en la aplicación de este principio; 3. La aplicación de los párrafos 1 y 2 de este artículo no deberá impedir a los miembros de dichos pueblos ejercer los derechos reconocidos a todos los ciudadanos del país y asumir las obligaciones correspondientes.
Art. 9: 1. En la medida en que ello sea compatible con el sistema jurídico nacional y con los derechos humanos internacionalmente reconocidos, deberán respetarse los métodos a los que los pueblos interesados recurren tradicionalmente para la represión de los delitos cometidos por sus miembros; 2. Las autoridades y los tribunales llamados a pronunciarse sobre cuestiones penales deberán tener en cuenta las costumbres de dichos pueblos en la materia.
Art. 10: 1. Cuando se impongan sanciones penales previstas por la legislación general a miembros de dichos pueblos deberán tenerse en cuenta sus características económicas, sociales y culturales; 2. Deberá darse la preferencia a tipos de sanción distintos del encarcelamiento.
- 6 Como lo ilustra la experiencia del estado de Guerrero, México, con la Policía Comunitaria. Cfr. Ramírez, Silvina (2012). *La protección de los derechos de los Pueblos indígenas a través de un nuevo sistema de justicia penal. Estados de Oaxaca, Chiapas, Guerrero*, Washington: DPLF.
- 7 Esta es una afirmación que merece una reflexión adicional. Si el Estado reconoce la justicia indígena, entonces podría afirmarse que la justicia indígena también forma parte del Estado. Por lo cual éste conservaría el monopolio de la administración de justicia. Sin embargo, esto también acarrea dificultades conceptuales y prácticas. Porque los pueblos indígenas, y sus autoridades, no dan respuestas a conflictos en nombre del Estado, y porque tampoco se diluyen las diferencias entre sistemas normativos por formar parte del mismo Estado. En definitiva, una construcción monoétnica y unidireccional se quiebra, y el reconocimiento de derecho propio provoca ineludiblemente la desmonopolización.
- 8 En enero de 2013, se inició el juicio a Efraín Ríos Montt, uno de los principales sindicados como responsable de este genocidio, que concluyó con su condena, aunque esta decisión actualmente está sometida a un proceso de revisión. Sin lugar a dudas para Guatemala constituye un hecho histórico.
- 9 Para profundizar sobre el concepto de libre determinación y sus alcances en la Declaración de Naciones Unidas sobre Derechos de los Pueblos indígenas, cfr. Ruiz Molleda, Juan Carlos (2012). *Los otros derechos de los Pueblos indígenas. Aproximación a los derechos a la libre determinación y a beneficiarse de la explotación de recursos naturales en sus territorios*, Lima: IDL, Fundación Heins Seidel, p. 57-60.
- 10 OIT, (2009). *La aplicación del Convenio num. 169 por Tribunales nacionales e Internacionales en América Latina, Nepal*.
- 11 Cfr. OIT (2009), p. 55.
- 12 Contesse Singh, Jorge (2012). *El Convenio 169 de la OIT y el Derecho chileno. Mecanismos y obstáculos para su implementación*, Santiago de Chile: Ediciones Universidad Diego Portales.
- 13 Bustamente Soldevilla, Minda (2013). *Pluralismo Jurídico en Chile: la relación entre regímenes jurídicos: internacional y nacional desde la entrada en vigencia del Convenio 169 de la OIT* (Tesis de Magister). Chile: Facultad de Derecho, Universidad de Chile.

- 14 Bustamente Soldevilla, Minda (2013:58): “El conflicto surge entre dos integrantes de una comunidad Mapuche, cuando uno de ellos es acusado de haber ingresado a la casa del otro para intentar robar sin que se haya producido el hecho. (Causa RIT 206-2011) Este conflicto llega al juzgado de garantía y como es un caso que se da entre dos indígenas Mapuche que provienen de la misma comunidad que se conocen desde hace muchos años, se asume la defensa del caso como un caso indígena. Al tratarse de un proceso penal abreviado la audiencia es oral y destacamos los aspectos relevantes que introducen la semántica “derecho propio” y visibilizan el pluralismo jurídico:
- a. Alegatos de la Defensa:
- “hice presente que son personas mapuches voy a solicitar al tribunal tenga en consideración el convenio 169 de la OIT ley vigente y ratificada en Chile posterior al Código Procesal Penal, superior también porque es un tratado internacional de Derechos Humanos, el que (señala), en el artículo 9 número 1 y 2, esta defensa entiende que da la posibilidad de extender el ámbito 241 inciso 1”
- “...el mismo artículo 9 número 1 dice que en la medida en que ello sea compatible con el sistema jurídico nacional y con los derechos humanos internacionalmente reconocidos deberán respetarse el “derecho propio”, en este caso dos personas Mapuches que viven en la Isla Lican entonces en virtud del artículo 241 en relación al artículo 9 del convenio 169, solicito al tribunal su señoría aceptar el acuerdo reparatorio planteado.”
- b. Alegatos de la Fiscalía
- “...es improcedente un acuerdo reparatorio, ahora bien la defensa ha alegado la existencia del convenio 169 pero este establece dos requisitos también para poder considerarlo, el primer lugar que se pruebe la costumbre, en este caso no hay costumbre que se haya esgrimido y que aparezca acreditada o que al menos sea de conocimiento del tribunal y de los intervinientes de manera clara y fehaciente.”
- “...el segundo requisito que también establece el convenio 169 es que esta costumbre no atente contra el sistema jurídico nacional y en tal sentido el sistema jurídico nacional establece claramente cuáles son los bienes jurídicos respecto de los cuales se puede aplicar un acuerdo reparatorio y por lo tanto entender lo contrario significa o iría en contraposición a lo establecido en el sistema jurídico mencionado en el artículo 241.”
- c. Resolución del juez/a:
- Atendiendo a los propios los argumentos de la defensa se aprueba el acuerdo reparatorio en los términos propuestos”.
- 15 Remito para la lectura completa de los artículos a la nota 3 de este artículo.
- 16 Para profundizar en un excelente trabajo que aborda las tensiones entre la diversidad y los derechos fundamentales, ver Sánchez Botero, Esther (2006). *Entre el Juez Salomón y el Dios Sira –Decisiones interculturales e interés superior del niño*, Bogotá: Gente Nueva editorial.
- 17 En el caso de Argentina, ver por ejemplo el artículo 75 inc. 22 de la Constitución argentina, en donde incorpora los tratados internacionales de derechos humanos con jerarquía constitucional.
- 18 Cfr. Sánchez Botero, Esther; Jaramillo, Isabel Cristina (2009). “La jurisdicción especial indígena”. En Espinosa Gallegos-Anda Carlos y Caicedo Tapia Danilo (Eds.), *Derechos Ancestrales. Justicia en Contextos Plurinacionales*, Ecuador: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, pp. 167-170.
- 19 Cr. Gomiz y Salgado (2010), p. 160.
- 20 El azote o fuate es una de las sanciones más debatidas en la justicia propia, sin entender quienes las cuestionan que en gran parte de los casos tiene un contenido de reproche social y de vergüenza, y no busca para nada provocar un daño físico. Cfr. Sentencia de la Corte Constitucional colombiana n° T-523/97.
- 21 En Bolivia, la Constitución de 2009 ha creado el Tribunal Constitucional Plurinacional. Una de sus funciones, precisamente, es llevar adelante el control de las decisiones de las autoridades indígenas.
- 22 Llamado así al jurado conformado por jueces profesionales y representantes de la ciudadanía.
- 23 Yrigoyen Fajardo, Raquel (1999). Pautas de coordinación entre el derecho indígena y el derecho estatal, Guatemala: Fundación Myrna Mack, p. 98.
- 24 En la Sentencia n° T-523/97, dice la Corte Constitucional colombiana: “[...] Los límites mínimos que en materia de derechos humanos deben cumplir las autoridades indígenas en el ejercicio de sus funciones jurisdiccionales responden, a juicio de la Corte, a un consenso intercultural sobre lo que verdaderamente resulta intolerable por atentar contra los bienes más preciosos del hombre”, decir, el derecho a la vida, la prohibición de la esclavitud, la prohibición de la tortura y, por expresa exigencia constitucional, la legalidad en el procedimiento, en los delitos y en las penas (entendiendo por ello, que todo juzgamiento deberá hacerse conforme a las normas y procedimientos” de la comunidad indígena, atendiendo a la especificidad de la organización social y política de que se trate, así como a los caracteres de su ordenamiento jurídico”). Estas medidas se justifican porque son “necesarias para proteger intereses de superior jerarquía y son las menores restricciones imaginables a la luz del texto constitucional”.

- 25 Los límites son muy imprecisos, y en muchos casos no es posible encontrar “sistemas de justicia puros”, sino que éstos interactúan, ejercen influencia recíproca, aprenden unos de otros. De eso se trata la interlegalidad.
- 26 Ley 073 del 29 de diciembre de 2010.
- 27 Para un estudio pormenorizado, ver Ramírez Silvina (2013). *Constitucionalismo y Derechos de los Pueblos indígenas*, La Ley y Facultad de Derecho de la UBA, Buenos Aires, p. 134 y ss.
- 28 Sieder, Rachel; Flores, Carlos (2012). *Dos justicias: coordinación interlegal e intercultural en Guatemala*, Guatemala: F/G Editores, pp. 23-30.
- 29 Por ejemplo, en las comunidades de Jesús de Machaca del Departamento de La Paz, en el altiplano boliviano, existen los Servicios Legales Integrales Municipales (SLIM) que entiende en casos de violencia contra la mujer. Cfr. Choque, María Eugenia (2012). *La marka rebelde: comunidades de Jesús de Machaca*. En Santos, Boaventura de Sousa; Exeni Rodríguez, José Luis, *Justicia indígena, plurinacionalidad e interculturalidad en Bolivia*. Bolivia: Fundación Rosa Luxemburg, p. 513.
- 30 Este es un aspecto que presenta sus ambigüedades y claroscuros, porque si bien los pueblos indígenas demandan por reconocimiento, se niegan rotundamente a ser catalogados como autoridades estatales. Por su parte, el Estado intenta mantener su idea de unidad fagocitando los sistemas jurídicos indígenas.
- 31 O.I.T. *Revisión Parcial del Convenio sobre poblaciones indígenas y tribales, 1957 (núm. 107)*, Informe VI (1), Oficina Internacional del Trabajo, Ginebra, 1988, p. 14.
- 32 Chávez, Gina; García, Fernando (2004). *El derecho a ser: diversidad, identidad y cambio. Etnografía jurídica indígena y afroecuatoriana*. Ecuador: FLACSO, pp. 18 - 20.
- 33 Baronnet, Bruno; Mora Bayo, Mariana; Stahler-Sholk, Richard (2011). *Luchas “muy otras”. Zapatismo y autonomía en las comunidades indígenas de Chiapas*, México: Centro de Investigaciones y Estudios Superiores en Antropología Social, Universidad Autónoma Metropolitana Xochimilco, Universidad Autónoma de Chiapas, pp. 519-524.
- 34 Sieder y Flores 2012: 22
- 35 El entramado que se teje entre diferentes sistemas de justicia induce a la reflexión. Ya no se trata solo de analizar los sistemas de justicia indígenas, sino que se debe focalizar en las zonas de intersección. Sin embargo, la interlegalidad siempre presenta un aspecto vulnerable, que no es otro que la imposición de un sistema sobre otro. Dice Sieder (2012: 18): “[...] cuando se reconocen identidades específicas a través del derecho se reinscriben al mismo tiempo las fronteras étnicas, reforzando ciertas construcciones de “lo tradicional” o “lo indígena”.
- 36 Sieder y Flores 2012: 19.

Bibliografía

- Baronnet, B.; Mora Bayo, M.; Stahler-Sholk, R. (2011):** *Luchas “muy otras”. Zapatismo y autonomía en las comunidades indígenas de Chiapas*, Centro de Investigaciones y Estudios Superiores en Antropología Social. México: Universidad Autónoma Metropolitana Xochimilco, Universidad Autónoma de Chiapas.
- Bustamante Soldevilla, M. (2013):** *Pluralismo Jurídico en Chile: la relación entre regímenes jurídicos: internacional y nacional desde la entrada en vigencia del Convenio 169 de la OIT* (Tesis de Magíster). Chile: Facultad de Derecho, Universidad de Chile.
- Contesse Singh, J. (2012):** *El Convenio 169 de la OIT y el Derecho chileno. Mecanismos y obstáculos para su implementación*. Santiago, Chile: Ediciones Universidad Diego Portales.
- Chávez, G.; García, F. (2004):** *El derecho a ser: diversidad, identidad y cambio. Etnografía jurídica indígena y afroecuatoriana*. Ecuador: FLACSO.
- Choque, M. E. (2012):** *La marka rebelde: comunidades de Jesús de Machaca*. En Santos, B. de Sousa; Exeni Rodríguez, J. L. (Eds.), *Justicia indígena, plurinacionalidad e interculturalidad en Bolivia* (p. 153). Bolivia: Fundación Rosa Luxemburg.
- Gomiz, M.; Salgado, J. M. (2010):** *Convenio 169 de la O.I.T. sobre Pueblos Indígenas. Su aplicación en el derecho interno argentino*. Buenos Aires: ODHPI, IWGIA.
- Ramírez, S. (2012):** *La protección de los derechos de los Pueblos indígenas a través de un nuevo sistema de justicia penal. Estados de Oaxaca, Chiapas, Guerrero*. Washington: DPLF.
- Ramírez, S. (2013):** *Constitucionalismo y Derechos de los Pueblos indígenas*. En La Ley y la Facultad de Derecho de la UBA. Buenos Aires: UBA.

- Ruiz Molleda, J. C. (2012):** *Los otros derechos de los Pueblos indígenas. Aproximación a los derechos a la libre determinación y a beneficiarse de la explotación de recursos naturales en sus territorios.* Lima: IDL, Fundación Heins Seidel.
- Sánchez Botero, E. (2006):** *Entre el Juez Salomón y el Dios Sira. Decisiones interculturales e interés superior del niño.* Bogotá: Gente Nueva.
- Sánchez Botero, E.; Jaramillo, I. C. (2009):** *La jurisdicción especial indígena.* En Espinosa Gallegos-Anda, C.; Caicedo Tapia, D. (Eds.), *Derechos Ancestrales. Justicia en Contextos Plurinacionales* (pp. 167-170). Ecuador: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos.
- Sieder, R.; Flores, C. (2012):** *Dos justicias: coordinación interlegal e intercultural en Guatemala.* Guatemala: F/G Editores.
- Yrigoyen Fajardo, R. (1999):** *Pautas de coordinación entre el derecho indígena y el derecho estatal.* Guatemala: Fundación Myrna Mack.

Las implicancias del Convenio N° 169 de la OIT para los derechos de las mujeres indígenas en América Latina

María Eugenia Choque Quispe¹

“Nosotros, los Pueblos y Naciones Indígenas, representando a las 7 regiones geopolíticas globales, incluidos representantes de los cónclaves de mujeres y jóvenes recomendamos que los Estados respeten e implementen los derechos de las mujeres Indígenas como dadoras sagradas de vida y criadoras, así como fortalezcan —con la participación plena y efectiva de las mujeres Indígenas— la protección de las mujeres y niñas indígenas a través de la formulación e implementación de planes de acción nacionales, regionales e internacionales desarrollados”

Conferencia Preparatoria Global Indígena para la Reunión Plenaria de Alto Nivel de la Asamblea General de las Naciones Unidas, que se conocerá como la Conferencia Mundial sobre los Pueblos Indígenas, 10-12 de junio de 2013, Alta. Noruega.

Introducción

El Convenio sobre Pueblos Indígenas y Tribales número 169 de la Organización Internacional del Trabajo se ha convertido en uno de los principales instrumentos para el desarrollo de normativa, tanto a nivel nacional como internacional, para la protección de los pueblos indígenas. Así, el Convenio 169 ha dado paso a la cristalización de los derechos fundamentales de estos pueblos, tratado que consolida y enriquece el sistema de los derechos humanos en su ejercicio individual y colectivo.

Desde la adopción del Convenio 169 en 1989 a la fecha, marcan 25 años. Este largo proceso de implementación ha llevado en América Latina a la elaboración de reformas jurídicas y políticas, incluso a nivel constitucional,² y ha motivado la producción de leyes y políticas nacionales referidas a los pueblos indígenas, quienes han procurado incidir permanentemente en este proceso de implementación. Desde el contexto de los pueblos indígenas, el Convenio 169 ha permitido mayores grados de protección de sus tierras y territorios, identidad, cultura y formas de organización propia, aunque falta mucho por avanzar en su efectivo ejercicio de derechos.

Este instrumento internacional reconoce que en muchas partes del mundo los pueblos indígenas no gozan de los derechos fundamentales en igualdad de condición. Asimismo, reconoce el particular aporte de los pueblos indígenas a la diversidad cultural, a la relación recíproca y

armónica con la Madre Naturaleza, y a la organización social. Esta relación espiritual hacia la Madre Tierra, que es considerada un ser con vida propia, es esencial para la conservación de los ecosistemas y reproducción de la vida de los pueblos indígenas.

El Convenio 169 ha sido ratificado por 22 países,³ con el objetivo de promover los derechos y reducir la pobreza de los pueblos indígenas, tomando en cuenta que éstos poseen diferentes conocimientos y sistemas de organización social, económica, política, cultural y espiritual propios, que a lo largo del proceso histórico han sido afectados de manera sistemática. Ello determina que sus poblaciones tengan hoy los mayores índices de pobreza y analfabetismo, que se suma a la apropiación indebida y abusos en relación a sus tierras, territorios, recursos y medio ambiente. También son víctimas de discriminación, marginación y racismo, con pocas oportunidades para el ejercicio de sus derechos humanos y de acceso a la justicia. Del mismo modo, es importante considerar el alto índice de menores de edad que sufren el flagelo del trabajo infantil y trabajo forzado, y las problemáticas relacionadas con la trata y tráfico de menores.

Después de 25 años de vigencia del Convenio 169, se hace necesario analizar y reflexionar sobre los logros alcanzados, así como las dificultades y retos a partir de su implementación en los diferentes países de la región; ello en los diferentes ámbitos, como son sus derechos territoriales, educación, salud, condiciones de trabajo, empleo, seguridad social, identidad, participación y consulta, con énfasis en la situación de mujeres indígenas. A la vez, el Convenio 169 determina modos en que estos derechos se encuentran afectados en la construcción de políticas públicas referidas a dichos ámbitos, entre otros relevantes para estos pueblos. Además, es referente principal de los pueblos indígenas para la creación de políticas en organismos internacionales, tales como el Banco Mundial, el Banco Asiático de Desarrollo y el Banco Africano de Desarrollo, entre otros. El Convenio también tiene incidencia en los espacios de Naciones Unidas con participación indígena, como el Foro Permanente para Cuestiones Indígenas y el Mecanismo de Expertos de Derechos de los Pueblos Indígenas, los cuales le consideran en la formulación de sus recomendaciones y en el estudio de medidas para la protección e implementación de los derechos de los pueblos indígenas.

Situación de las mujeres indígenas antes de la adopción del Convenio 169

La identidad es fundamental para la continuidad de vida de los pueblos indígenas. Durante los tiempos de *libertad*, antes de la invasión y perpetuación de la ocupación, los pueblos indígenas definían su identidad en tanto pertenencia a su territorio y cultura. Cada pueblo se reconocía por su nombre, lengua propia, vestimenta y espiritualidad. Bajo la ocupación colonial española se desestructuraron los sistemas de organización social, económica, política y cultural, quedando divididos o reducidos a territorios bajo la definición de “indios”, como gente sin alma, menor de edad, salvaje y pobre. Durante el siglo XVII lo indio, nativo u originario marca la estratificación más baja en la sociedad colonial.

Las relaciones entre hombres y mujeres indígenas se estructuran sobre la base de códigos de género, poder, prestigio, registro sobre la vida cotidiana, sobre la historia, la política nacional, y las

relaciones entre la gente común y las élites. A pesar de desconocerse el rol de la mujer indígena, ella cumple acciones que nos muestran su relevante aporte en actividades productivas, económicas, rituales y culturales. Por otra parte, tras los tiempos de la colonización, los códigos de género muestran y exaltan a los vencedores como lo masculino y feminizan a los vencidos.

Un análisis económico revela además la participación activa de hombres y mujeres indígenas en la economía urbana colonial, en pequeños negocios del comercio, las manufacturas y el servicio doméstico. Asimismo, la mano de obra de hombres y mujeres de estos pueblos es imprescindible para satisfacer las necesidades y demandas tanto de producción como de construcción. “Los que tenían contactos o mayor tiempo de residencia en la ciudad podían dedicarse al comercio. Y los más jóvenes entrar a trabajar como servidores domésticos. La demanda de mano de obra femenina, en cambio, solo fue importante para el servicio doméstico”.⁴

El nivel más bajo de la mano de obra indígena estaba compuesto por el servicio doméstico, es decir, el servicio de casa. A cargo de mujeres indias, esclavas y mujeres blancas, a las que se contrataba para sirvieran “en todo lo que se les mandase”⁵. Las propias leyes permitían a los encomenderos utilizar a las indias en su encomienda para este tipo de servicio en lo doméstico. Mientras que la mayor parte de los indios que llegaban a la ciudad entraban a trabajar en los talleres de los maestros artesanos. Los que venían de las ciudades y ya tenían alguna experiencia, lo hacían como expertos, mientras que los más jóvenes trabajaban como aprendices.⁶

A pesar de la participación indígena en los sucesos que marcaron la independencia y constitución de repúblicas, los pueblos indígenas continuaron sujetos a formas de trabajo esclavo tanto en la *mita* como en las haciendas. En el caso de las mujeres siguieron ligadas al servicio doméstico tanto en iglesias como en haciendas coloniales. Se consolida de este modo una historia de despojo de territorios convertidos en haciendas y de exterminio de indios que tuvo distintas expresiones. Los sistemas de dominación a los pueblos indios se agudizaron o mantuvieron su vigencia durante este periodo, principalmente porque las nuevas elites criollas veían en los pueblos indígenas un peligro para la construcción de las nuevas repúblicas.

En estos contextos, las mujeres tomaron la responsabilidad de ejercitar con mayor frecuencia la espiritualidad, como en el cuidado de sus *huacas*⁷ y adoratorios ancestrales, cuidando además del mantenimiento de su autonomía y cumplimiento de sus roles en la clandestinidad. Este trabajo feminizado, como señalan las investigaciones de Olivia Harris, permite que sea un espacio de autonomía indígena hasta la actualidad.⁸ El rol de las mujeres indígenas es también establecer la relación entre la administración económica de la familia y la fertilidad, como una forma de asegurar la economía familiar.⁹

Harris muestra, además, como en las fiestas en el Norte de Potosí celebradas en épocas de carnaval, en los centros mineros, la patrona de la festividad tiene el nombre de la Virgen del Socavón. El compromiso de bailar durante tres años sucesivos y ser alferez de la fiesta trae gastos económicos. Sin embargo, el cumplimiento de esta devoción permitirá una retribución tanto económica como en la producción de sus tierras, además de la fertilidad de los ganados y las chacras de sembradío.

Por tanto, la resistencia constante en la cotidianidad de las mujeres indígenas ha permitido guardar y mantener la identidad, el idioma y el cumplimiento de sus roles religiosos. Así, mientras

los varones fueron quienes tuvieron mayor relación con la administración exógena de cumplimiento del pago de tributos; las mujeres, en cambio, por esta relación de vivencia doméstica con la familia y la comunidad en su cumplimiento de roles y tareas, han permitido la transmisión del conocimiento tradicional de generación en generación, basado en la historia oral, difusión de mitos, cuentos, canciones y expresiones artísticas. Dicha resistencia de la mujer indígena para conservar, desarrollar, controlar y fortalecer los conocimientos tradicionales e identidad cultural fue y es heroica frente a la estructurada discriminación.

Muchas crónicas hacen referencia a la falta de sistemas organizativos, y a la existencia de leyes y de códigos de organización social, económica y política verticales, en tanto que los sistemas de pueblos indígenas tienen un carácter de horizontalidad, donde la autoridad del hombre y mujer está en ser buena persona, buena autoridad, siendo sinónimo también de *ser-buen-padre* o *ser-buena-madre*.

El rol de las mujeres en lo productivo y en lo económico está relacionado con la habilidad del arte del tejido. Toda la vestimenta es parte del rol innovador de las mujeres indígenas, en la recreación de la cultura, diseños, símbolos e iconografías de estos pueblos. La organización de la actividad en grandes telares y a mayor escala, permitió que no solamente se atendiera a las necesidades internas, sino que las mujeres indígenas también exportaron sus tejidos hacia Europa, de modo que durante el siglo XVII el sistema de producción de subsistencia se vincula con el mercado colonial.¹⁰

En el marco del Convenio 169

En el artículo primero del Convenio 169 figura una declaración de lo que abarca, más que de lo que significa el término pueblo, indicándose que el Convenio se aplica a:

- a) a los pueblos tribales en países independientes, cuyas condiciones sociales, culturales y económicas les distinguen de otros sectores de la colectividad nacional, y que estén regidos total o parcialmente por sus propias costumbres o tradiciones o por una legislación especial;
- b) a los pueblos en países independientes, considerados indígenas por el hecho de descender de poblaciones que habitaban en el país o en una región geográfica a la que pertenece 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.

En el mismo artículo se dice también que la conciencia de su identidad indígena o tribal deberá considerarse un criterio fundamental para determinar el carácter de la dimensión de reconocimiento de la identidad, refiriéndose al desarrollo de la conciencia y al sentido de pertenencia a un pueblo indígena. La auto-identificación está referida a la auto-afirmación, al sentido profundo de decir *yo soy*. El origen común evoca historia, memoria, transmitida de generación en generación.

A través de la tradición oral, el recuerdo cobra importancia y se fortalece a través de la identidad. Con la memoria y la historia, vuelven los antepasados y se proyectan acciones hacia el futuro.

La territorialidad está ligada a la vida de los pueblos, es la herencia ancestral que ha creado mayor fortaleza en los movimientos indígenas, pues “es el espacio global donde se desarrollan las vivencias sociales y culturales, los animales, los bosques, el aire, las aguas y el ser humano que se interrelaciona e interactúan y hacen el territorio”.¹¹ En lo referente a la dimensión lingüístico-cultural, ésta concentra la cosmovisión social, económica, cultural y política de los pueblos. El idioma es la esencia vital, a través de la cual se transmite conocimiento y sabiduría de generación en generación.

En los distintos espacios los pueblos indígenas impulsaron acciones por sus derechos sobre la base del reconocimiento de la identidad, origen común, territorialidad y dimensión lingüístico-cultural. El tema de pueblos indígenas en la Comunidad Andina de Naciones (CAN) es tratado a partir de la conformación de la Mesa de Trabajo sobre Derechos de los Pueblos Indígenas, creada en julio del 2001 con participación de representantes de las organizaciones indígenas, de organismos gubernamentales, de las defensorías del pueblo y expertos de sus cinco países miembros. Dicha Mesa tiene como objetivo promover la participación activa de estos pueblos en los asuntos económicos, sociales, culturales y políticos.

También se encuentra la Mesa de Equidad de Género, para que los derechos de las mujeres sean respetados y promovidos dentro del proceso de integración. Debiendo los gobiernos andinos armonizar las cuotas para la participación política de las mujeres en los países de la CAN. Asimismo, los estados andinos deben armonizar la legislación afirmativa en materia de igualdad de oportunidades para las mujeres y de lucha contra la violencia de género, con una especial mención a la violencia sexual.

La CAN y sus países miembros deben promover además una “Educación Integrada con la visión de Derechos Humanos”, a través de programas con énfasis en la equidad e igualdad de género, y el respeto de las diferencias. Ello, con el fin de que los países andinos armonicen sus políticas –dentro de la CAN– referidas a la protección de los derechos humanos y designen responsables para la implementación de los instrumentos internacionales adoptados, tales como la Carta Andina de Derechos Humanos. También la Comisión Interamericana de Derechos Humanos creó la Relatoría sobre los Derechos de las Mujeres en 1994, con el objetivo de promover la aplicación de los derechos de la mujer por parte de los estados miembros de acuerdo a instrumentos regionales tales como la Convención Interamericana de Derechos Humanos, la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, y la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer, conocida como la Convención de Belem do Pará. El trabajo de dicha Relatoría ha estado enfocado al seguimiento de las recomendaciones para la protección de los derechos de la mujer.¹²

Las exigencias a los estados en el cumplimiento del Convenio 169 provienen de las demandas internacionales y nacionales por parte de los pueblos indígenas. Así, el año 2010 Comisión de Expertos de la OIT pidió al Gobierno de Chile adecuar la legislación nacional para la consulta con los pueblos indígenas afectados por proyectos de explotación de recursos, tras aprobar la administración de Sebastián Piñera –y de manera inconsulta– el cuestionado Reglamento Decreto Supremo

No 66. En el caso del Perú los pueblos indígenas, el año 2011, demandaron la reglamentación de la Ley de consulta previa. En Colombia la Organización Nacional Indígena (ONIC) viene participando de manera activa en procesos de consulta. En Bolivia, en tanto, destaca la participación de los movimientos indígenas en demanda de procesos de consulta en el marco de la buena fe. En este sentido, es importante resaltar el trabajo del Taller de Historia Oral sobre el tema de la reconstitución de los ayllus y el fortalecimiento de las autoridades indígenas. Basado en este trabajo se reconstituyeron territorios indígenas, bajo el objetivo de que los pueblos indígenas fortalezcan su identidad y sus sistemas de organización y sus demandas por el derecho a la consulta.

A su vez las distintas agencias multilaterales, como el Banco Interamericano y el Banco Mundial, dentro de sus políticas operativas y proyectos incorporan el tema de pueblos indígenas, con el objetivo de apoyar procesos de desarrollo socioculturalmente apropiados tanto para la economía como la gobernabilidad de los pueblos indígenas, priorizando la integridad cultural y territorial, la relación armónica con el medio ambiente y la seguridad ante la vulnerabilidad, y respetando los derechos de los pueblos y personas indígenas.

En resumen, los pueblos indígenas se definen hoy en relación al territorio, en la forma de habitarlo y en su relación espiritual, para darle continuidad de vida a su existencia como pueblos. Los derechos territoriales se enmarcan en los principios inherentes a la libre determinación de estos pueblos, consagrados en la Declaración de los Derechos de los Pueblos Indígenas de las Naciones Unidas de 2007 (en adelante la Declaración), que reconoce el derecho a poseer, utilizar, desarrollar y controlar sus tierras, territorios y recursos, e insta a los estados a garantizar la protección jurídica para el ejercicio pleno de los derechos territoriales.

Los efectos del Convenio 169 para las mujeres indígenas

A partir de 1980, existe un avance significativo del derecho internacional en lo que se refiere a los derechos específicos de los pueblos indígenas, donde el Convenio 169 es consistente con la adopción de la Declaración. El consentimiento previo, libre e informado deriva de los derechos a la libre determinación y sobre los recursos existentes en sus territorios, los que son reconocidos en distintos instrumentos internacionales. Sin embargo, los procesos y mecanismos de consulta tienen limitaciones para incorporar las contribuciones del trabajo de las mujeres indígenas en los diferentes ámbitos, en tanto transmisoras de la cultura y de la identidad, a través de los conocimientos tradicionales, las innovaciones y las prácticas culturales transmitidos de generación en generación.

Como hemos planteado, la mujer es la mayor portadora y agente de transmisión de conocimientos tradicionales, una experiencia adquirida a través de la tradición oral y que tiende a ser de propiedad colectiva con base en las actividades de la agricultura, pesca, horticultura y silvicultura, las cuales son concebidas como prácticas culturales que se construyen a través de historias, canciones, mitos, leyendas, folclore, refranes, valores culturales, rituales, idioma y arte.

El artículo 3 del Convenio establece la no discriminación entre hombres y mujeres indígenas en relación a los derechos establecidos en el Convenio 169. Reconociendo el carácter sistemático

y armónico de los derechos humanos, es importante recordar que muchos estados de la región son parte de la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, a la vez que han ratificado la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación. Estos dos instrumentos, junto al Convenio 169, deben ser leídos de forma progresiva y armónica.

Organizaciones de mujeres indígenas vienen desde hace ya tiempo presentando informes a los órganos de tratados de ambas convenciones, para promover la implementación de políticas públicas encaminadas a la lucha contra la discriminación y la violencia. Los informes alternativos o sombra a estos órganos de tratado, presentados desde la experiencia de la mujer indígena, buscan un ejercicio integral de los derechos de las mujeres y de las demandas de las mujeres indígenas y sus pueblos. Dichos informes desarrollan análisis de contextos nacionales, análisis de políticas públicas y normativas a favor de las mujeres.

La efectiva implementación de los derechos humanos es complementaria a los principios y cosmovisiones de los pueblos indígenas. En este sentido, los pueblos indígenas andinos, por ejemplo, buscan un ejercicio de los derechos humanos fundado en los principios del “Vivir Bien y la cultura de la vida”. Estos principios permiten la construcción de estados más sólidos, democráticos, basados en diálogos y consensos entre diversos. Estos principios, complementados con los derechos humanos, asumen de forma más efectiva la situación de las mujeres en general y de las mujeres indígenas en particular, como el grupo más vulnerado en sus derechos.

Derecho a la participación

El enfoque de género –con énfasis en la participación de las mujeres– es impulsado desde los movimientos de mujeres indígenas sobre la base de la demanda de derechos colectivos que son apoyados por la cooperación internacional y desde la consolidación cada vez mayor de participación indígena. Durante las dos últimas décadas y por el esfuerzo de dar mayor visibilidad a sus demandas en los diferentes espacios, las mujeres han creado mecanismos de participación tanto en el escenario internacional como nacional, lo cual incide en las instancias de gobierno y en las entidades municipales, locales y organizacionales.

La participación política de las mujeres indígenas ha incidido también en la producción de conocimiento en torno al tema del género, con énfasis en mujeres indígenas. Una herramienta fundamental para la promoción de los derechos humanos, específicamente los referidos a la mujer, fueron los aportes desde la producción intelectual indígena, que contribuye al diseño de políticas públicas y al seguimiento de normas y de acciones de su implementación.

La participación política de los pueblos indígenas tiene una larga historia de lucha basada en principios culturales y de visión de mundo. Su proceso de lucha fue estructurado en el marco de esta experiencia, aprovechando a su vez las reformas estructurales y la vigencia de normas nacionales e internacionales, y enfrentando formas de semi-exclavitud y de discriminación basadas en los principios culturales.

La mujer enfrenta asimismo explotación laboral, sin oportunidades para el estudio y de acceso a la salud, siendo obligadas a cocinar para los varones. Existe una falta de socialización de los derechos indígenas y de medidas para asegurar su derecho a la tierra y territorio, por lo que el saneamiento de tierras sigue siendo el permanente problema para el ejercicio de estos derechos y para la gestión y administración de sus territorios.

Otra limitación en la implementación de los derechos de los pueblos indígenas son las relaciones políticas partidarias de oficialismo y de oposición. Éstas deterioran el cumplimiento de la normativa de derechos colectivos, sobre todo cuando son referidas a la gestión y administración de recursos naturales, por lo cual el cumplimiento de la normativa indígena queda reducida a una fuerte folclorización de lo indígena. Esta falta de seriedad y visión en el abordaje de la temática indígena, genera problemas en la construcción de institucionalidad para asegurar los derechos de los pueblos indígenas.

Derecho a la consulta y al consentimiento previo, libre e informado

El derecho a la consulta de los pueblos indígenas, mediante procedimientos apropiados y a través de sus instituciones representativas, está establecido en el artículo 6 del Convenio 169. La consulta para los pueblos indígenas debe establecerse bajo procedimientos propios o estrategias de información y comunicación propia. El derecho a la consulta fortalece el proceso de diálogo entre los estados y los pueblos indígenas, y la construcción de una democracia plurinacional.

Las experiencias de consultas existentes no son buenas, sobre todo frente a proyectos de gran envergadura y de extracción de recursos naturales. En los procesos de consulta que deben orientarse a obtener el consentimiento previo, libre e informado, las mujeres indígenas tienen mayor dificultad para posicionar sus intereses. No siempre la voz de las mujeres es tomada en cuenta, a pesar de que son afectadas en su cultura y en la contaminación de sus tierras y aguas. No obstante las mujeres indígenas encarnan la voz de la Madre Tierra, y por eso se dice que: “cuando habla la mujer es como [que] hablara la Madre Tierra”.¹³

El derecho a la consulta tiene además un carácter reparador de la marginalidad de los pueblos indígenas, y de reconocimiento a la contribución que estos hacen a la conservación de la diversidad biológica y la diversidad cultural. El derecho a la consulta permite a su vez el disfrute del territorio, y definir una visión de desarrollo propia de los pueblos indígenas. En tanto que la falta de consulta tiene resultados nefastos, como son constantes enfrentamientos, migración, muerte y reducción de la población indígena.

También existen experiencias de consultas auto-convocadas por los pueblos indígenas, frente a la falta de regulación específica de este derecho. De este modo, se han realizado consultas comunitarias bajo procedimientos propios y sin la participación del Estado como interlocutor ni de las empresas. Existen a su vez pocas experiencias en medidas de mitigación, y generalmente no se consideran los efectos a largo plazo o inesperados. El proceso de consulta debe establecer, asimismo, mecanismos de vigilancia a los acuerdos consensuados entre las partes, así como también revisión de acuerdos ante efectos insospechados e imprevistos.

Por otra parte, el proceso de consulta produce diferentes visiones al interior de las comunidades y las organizaciones indígenas; elemento normal en todo proceso democrático. No se puede sin embargo forzar el consenso de un pueblo indígena, ni usar una facción de un pueblo para consolidar una consulta, a esto se refiere precisamente el carácter de *buena fe* de la consulta establecido por el Convenio 169. Existe además falta de formación de los profesionales técnicos en el conocimiento del territorio indígena, lo que dificulta una relación intercultural cuando se efectúa la consulta. Esto, considerando que la consulta debe responder no únicamente a los tiempos del Estado o las empresas, sino también a los tiempos del pueblo indígena.

Otro tema a señalarse en los procesos de consulta, es la existencia de asimetrías en la participación entre pueblos indígenas y empresas, lo que se evidencia, entre otros aspectos, en la falta de un lenguaje comprensible, en la ausencia de información eficaz sobre los impactos medioambientales, así como en la carencia de una activa y plena participación de las mujeres en procesos de decisión, lo que desemboca en la nula incorporación de los intereses propios de la mujer indígena en los procesos de consulta. En muchas regiones de los distintos países, ello pasa por el monolingüismo y el grado de instrucción de las mujeres, la carga de horas de trabajo y labores asignadas, además de la responsabilidad para con los hijos y el cuidado de la economía familiar.

Los artículos 8 al 12 del Convenio 169 hacen referencia a que la legislación nacional debe tomar debidamente en consideración sus costumbres o su derecho consuetudinario, la compatibilidad con los derechos humanos internacionalmente reconocidos, respetar los métodos de los pueblos indígenas para solución de sus problemas o delitos, tomando en consideración sus características económicas, sociales y culturales. Los sistemas propios de justicia son efectivos, asimismo, para resolver problemas locales, no obstante es necesario asegurar también la participación de las mujeres en los roles de administración indígena en los sistemas tradicionales.

El artículo 12 por su parte hace referencia a la protección contra la violación de sus derechos y el poder iniciar acciones legales, en donde deberán tomarse medidas para garantizar que los miembros de dichos pueblos puedan comprender y hacerse comprender, facilitándoles si fuere necesario intérpretes u otros medios eficaces.

La experiencia a nivel regional en relación con el Convenio 169 es significativa también en la reformulación de las constituciones políticas de algunos estados que han incorporado el pluralismo jurídico, reconociendo los sistemas de gobierno y de justicia indígenas. Los pueblos indígenas en muchos países están organizados bajo sistemas de representación y autoridad tradicionales, regidos por autoridades de orden pre colonial que reciben distintos nombres de acuerdo a cada cultura y pueblo. El derecho indígena es un conjunto de normas y procedimientos que regulan la vida de los pueblos indígenas; siendo éste de carácter oral, gratuito, preventivo, restaurativo y de administración rápida. Estas normas y prácticas de administración de justicia se basan en usos y costumbres propias de cada pueblo y cultura.

El tema de la violencia hacia las mujeres indígenas, tanto en el área rural como urbana, aún no es visible en su tratamiento. Los padres suelen decir que los problemas de la familia quedan a nivel familiar. Quedando en una llamada de atención de los padres, en caso de violencia hacia la mujer; luego, de no existir solución, se acude a familiares; y finalmente se recurre a las autoridades de la comunidad, pero para llegar a esto la mujer ha tenido que romper barreras, miramientos y

prejuicios. Por el bienestar de la familia y la comunidad, las autoridades tradicionales concluyen por lo general en la reconciliación de la pareja, bajo actas de buen compartimiento y cumplimiento de roles en la vida cotidiana. Las autoridades enfatizan, en estos casos, los roles de “ser madre, cuidadora y protectora de la familia” y “de cumplimiento en los roles del varón”.

La administración de justicia se establece de acuerdo a estatutos y normas internas dentro de las comunidades. Durante las últimas décadas, la participación de las mujeres tiene mayor visibilidad, siendo común escuchar: “es que ahora las mujeres ya conocemos nuestros derechos”. Lo anterior, por las normas nacionales y producto del proceso de formación que las organizaciones brindan a las mujeres indígenas. También las mujeres en su condición de autoridades indígenas, administran y gestionan justicia, estableciendo culpabilidades y sanciones, que van desde la llamada de atención al cumplimiento de trabajos colectivos. La participación de las mujeres es más activa en la ausencia de varones en las organizaciones.

Derechos territoriales

El reconocimiento efectivo del derecho que el Convenio 169 reconoce a los pueblos indígenas el acceso a la tierra, pero en el caso de las mujeres esto se ve limitado por condiciones culturales, donde en algunos casos son los hombres quienes tienen mayor privilegio. Las mujeres no tienen a su vez las mismas oportunidades para ejercer el cargo de autoridad tradicional que los hombres. Siendo importante relevar que en tierras comunitarias las autoridades suelen reconocer la propiedad colectiva mediante sus padres y, cuando se casan, mediante sus esposos. En casos de viudez de la mujer, son los hijos mayores los que apoyan a la madre. En resumen, la mujer es dependiente del hombre en el acceso a la tierra.

Es posible firmar entonces que el sistema de gobernanza tradicional también afecta los derechos de la mujer respecto a sus tierras, donde la herencia concede una serie de preferencias masculinas respecto a la tierra, basadas en usos y costumbres que resultan discriminatorios con respecto a la asignación, distribución y acceso efectivo de la tierra por parte de la mujer.¹⁴ Siendo necesario además considerar que la propiedad de la tierra es un elemento importante que permite a las mujeres tener mayor poder de negociación en diferentes aspectos de su vida cotidiana.

Al respecto, el trabajo de Carmen Diana Deere y Magdalena León (1988, No. 2) señala que:

Los usos y costumbres en relación al acceso a la tierra para mujeres suelen discriminar dificultando la titulación de tierras a nombre de las mujeres. La falta de titularidad de sus tierras les impide el acceso a formas de crédito, asistencia técnica o a la participación en proyectos y programas de producción. La tierra para la mujer significa seguridad alimentaria, bienestar para su familia y participar en espacios de liderazgo para la toma de decisiones. Por lo tanto la tierra les brinda seguridad en la vejez, por ello los problemas se ahondan para la mujer a la muerte de su pareja y pasa a un proceso de demanda comunal, por la defensa de sobrevivencia y el derecho a sus tierras. Los dos retos que enfrentan

para asegurar la tierra para la mujer son la discriminación estatal (no busca titular a una mujer sobre su tierra) y la discriminación al interior de los usos y costumbres.

Existe, asimismo, una demanda constante ante el Estado sobre el derecho a la tierra, y esta demanda se plantea en los sistemas internos dentro de la comunidad. En efecto, investigaciones muestran que los procesos de reformas agrarias no han beneficiado a las mujeres,¹⁵ sino que la concesión de acceso a tierras y territorios para las mujeres ha sido el resultado de procesos de demandas y movilizaciones a nivel externo de la comunidad e interno en la comunidad. Estas últimas, por ser internas, no se hacen públicas al exterior de la comunidad.

Esta situación de discriminación al interior de las comunidades es fruto de la herencia colonial, originando en ellas frustración como sujeto colonizado, incluso por elementos de la propia cultura. Dicha discriminación tiene por ende diferentes causas y su respuesta debe ser consciente de estos distintos factores. En este escenario se hace necesario reflexionar, entre otros aspectos, respecto de ¿quién tiene mayor poder de decisión sobre la tierra? ¿Las mujeres tienen el mismo derecho que los hombres? ¿Cuál es la situación de una mujer viuda o sola en relación al acceso de la tierra?

Situación de la mujer en condiciones de empleo

Muchos pueblos indígenas experimentan mercados laborales nacionales e internacionales en condiciones de explotación o en la posición más desfavorecida, como trabajadores en condiciones de servidumbre, realidad que se presenta aún con mayor dificultad para las mujeres indígenas.

En la búsqueda de empleo, se producen también procesos de migración nacional e internacional, que son temporarios, pues siempre hay un momento de regreso. La migración concierne a hombres y mujeres que salen de las diferentes comunidades en busca de mejores oportunidades de trabajo. La actividad es esencialmente en construcción, en el caso de los varones, y de servicios domésticos o como empleadas en industria textil, en el caso de las mujeres. Siendo la mujer la que con mayor crudeza enfrenta la migración internacional, por los impactos que causa en la familia, por lo que las percepciones sobre la migración tienen efectos diferentes tanto para las mujeres como para los varones.

De acuerdo a investigaciones de campo, los que más sufren son los niños y jóvenes frente a la partida de la madre, pues “el padre no es como la madre, el padre no para en la casa, [...] no es igual”¹⁶. La partida de la madre provoca un desajuste en la visión tradicional del rol de ésta, que es quien protege, cuida y atiende. Sin embargo, siguen cumpliendo esa función desde la distancia, con llamadas continuas al hogar, siendo las que le mantienen económicamente. Es importante a su vez señalar que el hecho de que la madre siga cumpliendo su función desde lejos, más los cambios que su ausencia produce en el espacio familiar, se desarrollan aún bajo los parámetros tradicionales de las funciones de género. Es decir, al irse la madre, las hijas suplen algunas de sus funciones, otras quedan vacantes y otras las siguen desarrollando desde la distancia.¹⁷

Un primer acercamiento al trabajo para la mujer indígena joven es el servicio doméstico, mientras que para los varones el servicio militar, que en algunos países tienen un carácter voluntario.

Las trabajadoras del hogar, caracterizadas como ciudadanas de segunda categoría, desvalorizadas en su trabajo, son quienes cargan con toda la responsabilidad de la familia, para que la patrona pueda cumplir con su trabajo laboral, desarrollando incluso relaciones emotivas en la crianza de los niños. Es por tanto la población más vulnerable y que con mayor fuerza sufren el racismo y la discriminación.

En el estudio de la OIT (2007) titulado “Eliminación de la discriminación de los pueblos indígenas y tribales en materia de empleo y ocupación”, se señala que la discriminación en materia de empleo y ocupación afecta a hombres y mujeres indígenas de manera diferente, pues en el mercado laboral las mujeres son más afectadas por la discriminación, tanto fuera como dentro de sus comunidades indígenas.

Así, las mujeres indígenas se ven más afectadas que los varones por el desempleo y el subempleo, tienen restringido el acceso a la educación y a la formación en todos los niveles, ejercen un trabajo a menudo no remunerado, o reciben un salario más bajo, enfrentando condiciones laborales no favorables, largas horas de trabajo, inseguridad laboral, y son más vulnerables al abuso, al acoso sexual y a la trata.¹⁸

Seguridad social y salud

En el caso de la seguridad social y salud, establecidos en los artículos 24 y 25 del Convenio 169, los servicios de salud deben organizarse en la medida de lo posible a nivel comunitario, es decir, estos servicios deben planearse y administrarse en cooperación con los pueblos indígenas, que son sus directos usuarios, y tener condiciones económicas, geográficas, sociales y culturales pertinentes, así como métodos de prevención, prácticas curativas y medicamentos tradicionales. Las prácticas de salud y medicina natural son de mayor acceso para las familias indígenas, sobre todo para las mujeres. Pues son ellas quienes han desarrollado experiencias en relación al medio hábitat de acuerdo al acceso a sus recursos naturales. Esta relación es integral, esto es, no vinculada únicamente a la curación, sino que está relacionada también a aspectos de salud física y de salud espiritual.

Las mujeres relacionadas con el mundo exterior a la comunidad indígena, llevan a sus hijos menores a las postas sanitarias para controles. En cambio las mujeres ven con temor o vergüenza al médico. Existen en los países muchas políticas dirigidas a una salud intercultural, sin embargo los medios y los presupuestos económicos aún no responden a servicios de atención integral.

Derecho a la educación

En cuanto a la educación y a los medios de comunicación, abordados en los artículos 26 al 31 del Convenio 169, se establece que la educación debe responder a las necesidades particulares de los pueblos indígenas y abarcar su historia, sus conocimientos y técnicas, así como sus sistemas de valores y sus demás aspiraciones sociales, económicas y culturales. La autoridad competente

deberá a su vez asegurar la formación de miembros de estos pueblos y su participación en la formulación y ejecución de programas de educación, con miras a transferir progresivamente a dichos pueblos la responsabilidad de la realización de esos programas.

La educación constituye parte importante en la revitalización de los pueblos indígenas y tiene efectos en el goce de sus derechos humanos. Son dos, de acuerdo al Convenio 169, los aspectos a considerar: el contenido de la educación y el acceso a dicha educación. La educación, en cuanto a contenidos y objetivos externos a los pueblos indígenas, ha contribuido a la pérdida de la identidad y conocimientos, por lo que la educación que no responde a las diferencias culturales ha terminado siendo una forma de asimilación a la sociedad en general, con la consecuente desaparición de sus idiomas y modos de vida. La educación con contenidos propios de los pueblos indígenas y sensibilidad cultural juega por tanto un rol fundamental para su subsistencia como pueblos y sociedades diferentes. El acceso a la educación, es también un medio para alcanzar el desarrollo individual y colectivo de los pueblos indígenas, en tanto que la educación en el marco de la lucha reivindicativa está ligada a dimensiones mentales, físicas, espirituales, culturales y ambientales.

Un estudio realizado por el Mecanismo de Expertos de Derechos de los Pueblos Indígenas¹⁹ hace referencia al pleno derecho a la educación de las mujeres y los indígenas, tal como se reconoce en la legislación internacional de los derechos humanos, lo que lamentablemente para los pueblos indígenas está lejos de su cumplimiento y origina otras problemáticas que afectan a les afectan, por cuanto la privación de acceso a una educación de calidad es un factor que contribuye a la marginación social, a la pobreza y a la privación de derechos como pueblos indígenas.

Los procesos de reforma educativa exigen a su vez condiciones de formación de los docentes. Existen maestras con amplia experiencia, que desarrollan enseñanza con la utilización de materiales propios y el conocimiento de la realidad. La educación en el área rural enfrenta dificultades anexas, como el recorrido de largas horas de viaje hasta el centro de educación, ello todos los días, aunque en el caso de las mujeres los padres suelen alquilar una habitación en el pueblo o dejarles allí al cuidado de familiares, pues muchos de ellos sienten temor de que las menores puedan sufrir algún grado de violación en el recorrido de la escuela a su casa.

Otra limitación en el proceso educativo es la falta de material educativo, pues son pocos los textos de lecto-escritura accesible para la formación en la niñez indígena, por lo general escritos en el castellano que se enseña en las escuelas, con un lenguaje retórico y externo a los contextos reales de los niños y niñas indígenas, y que por tanto no hacen referencia a su realidad socio-cultural. La educación no puede estar condicionada a una pérdida de la identidad, donde para aprender a escribir y leer el alumno esté obligado a asumir un lenguaje foráneo que no responde a su forma habitual de expresión.²⁰

Es por ello que en el contexto de la reforma educativa los procesos de relación entre la organización escolar y la experiencia con los docentes, han superado grandes dificultades en la medida en que las autoridades tradicionales han logrado una mayor autonomía sobre los contenidos educativos y la administración de la educación a nivel local. Sin embargo, la autonomía local en la administración de la educación tampoco ha facilitado el acceso de las niñas a la educación.

Movilizaciones y estrategias de mujeres indígenas en defensa de sus derechos

La lucha y resistencia de la mujer indígena en la región ha tenido dos niveles; el primero al interior de las comunidades, donde las mujeres en el marco de las estructuras de gobierno tradicional, buscan mayor participación; el segundo nivel, es la resistencia de la comunidad frente lo externo, es decir, el pueblo indígena frente al Estado, empresas extractivas, y otros actores como campesinos (lucha por tierra), mineros, por mencionar algunos. Estos dos niveles de resistencia evidencian el compromiso de las mujeres, puesto que la cultura es piedra angular de resistencia.

De este modo, la participación de las mujeres se ha caracterizado por articular las demandas colectivas de sus pueblos, como son aquellas derivadas de la situación de pobreza que les afecta, la falta de acceso a sus tierras y territorios, o de una mejor atención en educación y salud. Una de las demandas actuales es consolidar sus derechos respecto a tierra y territorio, desde una visión propia, con la defensa de las lógicas económicas, políticas y culturales de sus comunidades, que comportan instituciones propias, así como también la restitución del buen vivir, conocido como *suma qamaña*, *ñandereco*, *sumakkawsay*, donde la mujer indígena hasta hoy mantiene la *semilla de la identidad*, que es sobre la cual se construyen los nuevos paradigmas teóricos y praxis de descolonización y ejercicio de derechos colectivos.

En efecto, como se ha sostenido, los pueblos indígenas encarnan lógicas diversas de conocimiento y son las mujeres las que a diario cultivan la semilla de la identidad y la reivindicación de sus derechos, unas veces desde el silencio del tejido, del arte, de la música, y otras, desde espacios públicos como la participación en los movimientos indígenas, mostrándonos el conocimiento renovado y el proceso de generación del *Pachakuti*.²¹

Las estrategias de reivindicación de derechos han utilizado por tanto la participación como un mecanismo efectivo de involucramiento en la vida política, económica y cultural. Demandas que no únicamente ocupan el escenario nacional, sino también el internacional. Asimismo, es importante mencionar a las mujeres jóvenes indígenas que tienen una activa participación en estas materias, y a los mecanismos de articulación entre distintos actores, como son la constitución del Foro Indígena de Abya Yala, conformada después de la 15va. Conferencia de las Partes de la UNFCCC, celebrada en Copenhague, Dinamarca. Dicho Foro está conformado por la Coordinadora de Organizaciones Indígenas de la Cuenca Amazónica (COICA), la Coordinadora Andina de Organizaciones Indígenas (CAOI), la Alianza de Mujeres Indígenas de Centro América y México, el Enlace Continental de Mujeres Indígenas (ECMIA), la Red de Mujeres Indígenas sobre Biodiversidad de América Latina y el Caribe (RMIB-LAC), la Coordinadora Indígena de Mesoamérica (CIMA) y el Consejo Indígena Centro América (CICA). Siendo trascendental el rol de estas organizaciones al momento de promover la implementación del Convenio 169, las cuales han desarrollado estrategias que van desde la movilización hasta estrategias jurídicas y de cabildeo para promover los derechos de los pueblos indígenas.

De este modo, las mujeres indígenas, en diferentes escenarios, han jugado una importante labor en la consolidación de los derechos de pueblos indígenas. Han trabajado sobre la base de recomendaciones de las Naciones Unidas referidas a la incorporación de derechos, así como

frente a políticas, programas y acciones que propicien un cambio de abordaje en el marco de la descolonización que va más allá de los derechos, pues se apunta también a la dignidad humana de las mujeres indígenas.

Reflexiones finales

El Convenio 169 incorpora temas como pueblos indígenas, derechos territoriales, derechos económicos, políticas culturales y espirituales. El derecho a la consulta, bajo el principio del consentimiento previo, libre e informado, es la principal salvaguarda para garantizar todos los derechos reconocidos en el Convenio 169 y los derechos fundamentales de los pueblos indígenas. Una de las dificultades en este sentido, es establecer mecanismos apropiados para la consulta, frente a lo cual es importante analizar la participación de las mujeres indígenas en este proceso, y enfatizar la lucha de las mujeres indígenas por la defensa de sus territorios.

Las mujeres indígenas son quienes sufren de forma más aguda los continuos efectos de la historia de colonización, enfrentando importantes conflictos de violación de sus derechos. Por ello el trabajo debe ser encarado desde un diálogo constructivo, donde la participación de las mujeres indígenas empodera a las mismas, y entre los distintos actores: pueblos indígenas, mujeres indígenas, estados, empresas nacionales y transnacionales.

La larga historia de los pueblos indígenas es una lucha constante que los ha enfrentado a poderes desiguales, sustentados en poderes políticos, económicos y culturales externos, donde se naturaliza la violencia y las injusticias que inciden en las subjetividades de nuestros pueblos. Sociedades construidas sobre colonialismo y otras víctimas del colonialismo, donde las mujeres indígenas sufren imposiciones de un modelo que desplaza los saberes y conocimientos indígenas. Sin embargo, encontramos formas y estrategias de respuesta a este proceso, donde los derechos humanos son el instrumento para trabajar por una sociedad más justa y equitativa.

Entonces la pregunta es ¿cómo entender la situación de las mujeres indígenas en el marco del Convenio 169? En un proceso que a lo largo del tiempo ha llevado a una activa participación de las mujeres indígenas, la que va desde la participación en los movimientos indígenas, pasando por aportes académicos y trabajos de investigación en temas de género, gracias a la profesionalización de las mujeres, hasta experiencias de economía alternativa (basadas en principios tradicionales), emprendidas todas ellas de forma exitosa por mujeres indígenas.

Por otra parte, la discriminación estructural que afecta a los pueblos y mujeres indígenas se manifiesta también en los diversos niveles y formas de enseñanza. Los servicios de educación están por debajo de los mínimos recomendados, poseen una infraestructura deficiente, con ausencia de políticas educativas con pertinencia cultural, con una limitada oferta de programas y de materiales educativos sobre educación intercultural bilingüe, además de falta de mecanismos de participación directa de las comunidades, y de procesos de consulta y consentimiento respecto de programas y currículos, es decir, la calidad de educación, en particular para las mujeres indígenas, presenta muchas deficiencias en su implementación.

Asimismo, resulta una contradicción que a mayor escolarización se produzca mayor pérdida del idioma, en especial, tomando en cuenta que el idioma es el vehículo principal para la identidad de los pueblos, que es parte fundante de su cultura y a través de él se transmiten prácticas y significados del ser indígena, por lo que representa el pilar de la identidad y es el canal por el cual se transmite y promueve la continuidad de los pueblos, existiendo hoy una acelerada pérdida del conocimiento indígena. Estudios muestran que estos pueblos hacen uso de su idioma pero fuera de las comunidades los jóvenes están dejando de hablarlo, por lo tanto la pérdida de idioma propio incide en el futuro y la re-construcción de nuevos escenarios de vida para los pueblos indígenas.

Si bien existen avances normativos de protección de derechos en los distintos países, subsiste una falta de correlación entre la norma y su implementación. Se verifica a su vez una intensificación de los avances y espacios tanto a nivel local como municipal, departamental, nacional e internacional para la participación indígena, pero se evidencia un desafío pendiente para la aplicación de estos avances en terreno, en las comunidades. Se deben hacer por último mayores esfuerzos para la comprensión integral de los derechos de los pueblos indígenas, sobre todo de las mujeres indígenas, tanto aquellos referidos a la tierra, el territorio y los recursos naturales, como en los relativos a la consulta y el consentimiento previo, para un disfrute efectivo de sus derechos y su realización como pueblos dignos. ○

Notas

- 1 María Eugenia Choque Quispe nació en Waraya, Marka de Tiwanaku, provincia Ingavi, departamento de La Paz. Es licenciada en Trabajo Social y posee una maestría Internacional en Historia Andina. Fue viceministra del Ministerio de Asuntos Indígenas y de los Pueblos Originarios e Indígenas de Bolivia. Actualmente forma parte del Centro de Estudios Multidisciplinarios Aymara y es Miembro Experto del Foro Permanente para Cuestiones de los Pueblos Indígenas de las Naciones Unidas.
- 2 Las asambleas constituyentes del Ecuador en 2008 y del Estado Plurinacional de Bolivia en 2009 incorporan principios y normativa del Convenio 169 y de la Declaración de Naciones Unidas sobre Derecho de los Pueblos Indígenas. Otras reformas constitucionales son las de Paraguay en 1992, Argentina y Panamá en 1994, Guatemala en 1998, la República Bolivariana de Venezuela y Costa Rica en 1999, El Salvador el 2000, México el 2001, Colombia el 2003, y Brasil, Honduras, Nicaragua y Perú el 2005.
- 3 Para conocer el número actualizado de ratificaciones del Convenio 169 de la OIT, ver: http://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:11300:0::NO:11300:P11300_INSTRUMENT_ID:312314:NO (Consultado en septiembre 2014).
- 4 Vergara, Teresa 1997. Migración y trabajo femenino a principios del siglo XVII: el caso de las indias en Lima. *Revista Histórica*, vol. XXI, no. 1. Lima: Perú.
- 5 De la Cadena, Marisol (1991). *Las mujeres son más indias: Etnicidad y género en una comunidad de Cuzco*. En "Etnicidad y Género, lengua general y comunicación escrita presente y futuro de la lingüística andina". Revista Andina. Andes. Año 9, No. 1, julio, pp. 7-22. Cusco: Perú.
- 6 Quiroz, Francisco (1998). *Artesanos y manufactureros en Lima colonial*. Tesis para optar el grado de magister en Historia con mención en Historia Económica. Lima, Perú: Universidad Nacional Mayor de San Marcos.
- 7 Deidades de los pueblos andinos.
- 8 Harris, Olivia (1987). *Economía Étnica*. La Paz, Bolivia: Hisbol.
- 9 La economía familiar en los Andes tiene una relación especial entre la familia y la colectividad. Prácticas como el *ayni*, *minka*, *yanapa*, padrinos y madrinan, bautizos y fiestas comunales, ayudan al cotidiano de la economía de la familia. Las mujeres tienen un rol importante en la reproducción de estas prácticas.
- 10 Bogado (2013). *Etnohistoria del Beni*, p. 6. Santa Cruz, Bolivia: Sarita.
- 11 CIDOB (2006). *Concepto de Territorio Indígenas Bolivia*: Confederación Pueblos Indígenas de Bolivia. Disponible en: <http://www.cidob-bo.org>

- 12 Ver: <http://www.oas.org/es/cidh/mujeres/mandato/mandato.asp>
- 13 Líder indígena wayu, Colombia. En declaración del Foro Permanente para Cuestiones Indígenas de Naciones Unidas, mayo 2013.
- 14 Deere, Carmen; Lastarria Cornhiel, Susana; Ranaboldo Claudia. *Tierra de Mujeres. Reflexiones sobre el acceso de las mujeres rurales a la tierra en América Latina*. La Paz, Bolivia: Fundación Tierra.
- 15 Íbidem.
- 16 Chirino, Fabiana (2010). *Huellas Migratorias. Duelo y Religión en las Familias de Migrantes Del Plan Tres Mil de la Ciudad de Santa Cruz*, p. 198 (entrevistas de trabajo de campo). La Paz, Bolivia: Pieb.
- 17 Íbidem.
- 18 OIT (2007), *Eliminación de la discriminación de los pueblos indígenas y tribales en materia de empleo y ocupación*. Ginebra.
- 19 EMRIP (2009). Advice No. 1 on the Indigenous Peoples' Right to Education. Disponible en: <http://www.ohchr.org/EN/Issues/IPeoples/EMRIP/Pages/ExpertMechanismAdvice.aspx> (Consultado septiembre 2014).
- 20 Talavera Simoni, María Luisa (1999). *Otras Voces, Otros Maestros. Aproximación a los procesos de Innovación y resistencia en tres escuelas del Programa de Reforma Educativa, Ciudad de La Paz, 1997-1998*. La Paz, Bolivia: Pieb.
- 21 Significa el retorno de la cosmovisión de sus ancestros. Pacha=tiempo, kuti= retorno.

Bibliografía sugerida

- Barnadas, Josep (1985):** *Introducción a: Francisco Javier Eder S.J. Breve descripción de las Reducciones de Mojos*. Cochabamba, Bolivia: Historia Boliviana.
- Barié, Cletus Gregor (2003):** *Pueblos Indígenas y Derechos constitucionales en América Latina: un panorama*. La Paz, Bolivia: AbyaYala, Banco Mundial.
- Bogado, Daniel (2013):** *Etnohistoria del Beni*. Santa Cruz, Bolivia: Sarita.
- CEPAL (2007):** *Pueblos Indígenas de América Latina: antiguas inequidades, realidades heterogéneas y nuevas obligaciones para las democracias en el siglo XXI*. Chile: Naciones Unidas.
- CIDOB (2006):** *Concepto de Territorio Indígenas*. Bolivia: Confederación Pueblos Indígenas de Bolivia. Disponible en: <http://www.cidob-bo.org>
- Comunidad Andina de Naciones (2005):** *Elementos para la Protección sui generis de los conocimientos tradicionales colectivos e integrales desde la perspectiva indígena*. Caracas, Venezuela: Unidad de Publicación CAF.
- Costas, Patricia (2011):** (Coord.); Deere, Carmen; Lastarria Cornhiel, Susana; Ranaboldo, Claudia. *Tierra de Mujeres. Reflexiones sobre el acceso de las mujeres rurales a la tierra en América Latina*. La Paz, Bolivia: Fundación Tierra.
- Charney, Paul (1998):** El indio urbano: un análisis económico y social de la población india de Lima en 1613. *Revista Histórica* No. 1. Lima: Perú.
- Chirino, Fabiana (2010):** *Huellas Migratorias. Duelo y Religión en las Familias de Migrantes Del Plan Tres Mil de la Ciudad de Santa Cruz*. La Paz, Bolivia: Pieb.
- Deere, Carmen y León Magdalena (1998):** *Mujeres Sin Tierra*. *Revista T'inkazos*. No. 2. La Paz, Bolivia: Pieb.
- Flores, Jesús (2007):** *Mujeres y movimientos sociales en El Alto. Fronteras entre la participación política y la vida cotidiana*. La Paz, Bolivia: Pieb.
- Fernández, Karina (2010):** *En Busca De La Tierra Sin Mal. Los Derechos Indígenas*. En Territorios Guaraní. La Paz, Bolivia: Pieb.
- Harris, Olivia (1987):** *Economía Étnica*. La Paz, Bolivia: Hisbol.
- Lockhart, James (1982):** *El mundo hispanoperuano, 1532-1560*. México: Fondo de Cultura Económica.
- Martínez, José (2010):** *Los Derechos Indígenas y su cumplimiento en el territorio indígenas de Guarayos*. La Paz, Bolivia: Pieb.
- Ossio, M. Juan (1992):** *Los indios en el Perú*. Ecuador: MAPFRE.
- OIT (2007):** *Eliminación de la discriminación de los pueblos indígenas y tribales en materia de empleo y ocupación*. Ginebra: Autor.
- Peñaranda, Katrina; Flores Ximena; Arandía, Álvaro (2006):** *Se necesita empleada doméstica. De preferencia Cholita. Representaciones sociales de las trabajadoras del hogar asalariada en Sucre*. La Paz, Bolivia: Pieb.
- Quiroz, Francisco (1993):** *Formas de pago en el artesanado Lima, Siglo XVI. Cuadernos de Historia Numismática*, vol. V. Lima, Perú.

- Quiroz, Francisco (1998):** *Artisanos y manufactureros en Lima colonial*. Tesis para optar el grado de magister en Historia con mención en Historia Económica. Lima, Perú: Universidad Nacional Mayor de San Marcos.
- Spalding, Karen (1974):** *De Indio a campesino en la estructura social del Perú colonial*. Lima, Perú: IEP.
- Talavera, María Luisa (1999):** *Otras Voces, Otros Maestros. Aproximación a los procesos de Innovación y resistencia en tres escuelas del Programa de Reforma Educativa, Ciudad de La Paz, 1997-1998*. La Paz. Bolivia: Pieb.
- Vergara, Teresa (1997):** Migración y trabajo femenino a principios del siglo XVII: el caso de las indias en Lima. *Revista Histórica*, vol. XXI, No. 1. Lima, Perú.
- Yapu, Mario (2003):** *Escuelas Primarias y Formación Docente en tiempos de Reforma Educativa Enseñanza de Lectoescritura y Socialización*. Tomo I. La Paz, Bolivia: Pieb.

