

REVISTA

IIDH

INSTITUTO INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS
INSTITUT INTER-AMÉRICAIN DES DROITS DE L'HOMME
INSTITUTO INTERAMERICANO DE DIREITOS HUMANOS
INTER-AMERICAN INSTITUTE OF HUMAN RIGHTS

26

IIDH

Julio - Diciembre 1997

REVISTA
IIDH

INSTITUTO INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS
INSTITUT INTER-AMÉRICAIN DES DROITS DE L'HOMME
INSTITUTO INTERAMERICANO DE DIREITOS HUMANOS
INTER-AMERICAN INSTITUTE OF HUMAN RIGHTS

Revista 341.481

Revista IIDH/Instituto Interamericano de Derechos Humanos. /N° 1 (Enero/junio 1985).-
-San José, C.R.: El Instituto, 1985-
v.; 23 cm.

Semestral

ISSN 1015-5074

1. Derechos humanos - Publicaciones periódicas.

Las opiniones expuestas en los trabajos publicados en esta Revista son de exclusiva responsabilidad de sus autores y no corresponden necesariamente con las del IIDH o las de sus donantes.

© 1997, IIDH. INSTITUTO INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS.

© Esta revista no puede ser reproducida en todo o en parte, salvo permiso escrito de los editores.

Diagramación y montaje electrónico de artes finales: Walter Meoño S.

Impresión litográfica: Mundo Gráfico S.A.

La Revista IIDH acogerá artículos inéditos en el campo de las ciencias jurídicas y sociales, que hagan énfasis en la temática de los derechos humanos. Los artículos deberán dirigirse a: Editores Revista IIDH; Instituto Interamericano de Derechos Humanos; A.P. 10.081 (1.000) San José, Costa Rica.

Se solicita atenerse a las normas siguientes:

1. Se entregará un original y una copia escritos a doble espacio, dentro de un máximo de 45 cuartillas tamaño carta. Es preferible acompañar el envío con diskettes de computador, indicando el sistema y el programa en que fue elaborado.
2. Las citas deberán seguir el siguiente formato: apellidos y nombre del autor o compilador; título de la obra (subrayado); volumen, tomo; editor, lugar y fecha de publicación; número de página citada. Para artículos de revistas: apellidos y nombre del autor; título del artículo; nombre de la revista (subrayado); volumen, tomo; editor; lugar y fecha de publicación; número de página citada.
3. La bibliografía seguirá las normas citadas y estará ordenada alfabéticamente, según los apellidos de los autores.
4. Un resumen de una página tamaño carta, acompañará a todo trabajo sometido.
5. En una hoja aparte, el autor indicará los datos que permitan su fácil localización (N° fax, teléf. y dirección postal). Además incluirá un breve resumen de sus datos académicos y profesionales.
6. Se aceptarán para su consideración todos los textos, pero no habrá compromiso para su devolución ni a mantener correspondencia sobre los mismos.

LA REVISTA IIDH ES PUBLICADA SEMESTRALMENTE. EL PRECIO ANUAL ES DE US\$30,00 Y DE US\$20,00 PARA ESTUDIANTES. EL PRECIO DEL NÚMERO SUELTO ES DE US\$15,00. SUSCRIPTORES DE CENTROAMÉRICA Y PANAMÁ DEBEN INCLUIR US\$3,00 POR ENVÍO; SUR Y NORTEAMÉRICA US\$4,00, EUROPA, ÁFRICA, ASIA, US\$6,00.

TODOS LOS PAGOS DEBEN SER HECHOS EN CHEQUES DE BANCOS NORTEAMERICANOS O GIROS POSTALES, A NOMBRE DEL INSTITUTO INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS. RESIDENTES EN COSTA RICA PUEDEN UTILIZAR CHEQUES LOCALES EN DÓLARES. SE REQUIERE EL PAGO PREVIO PARA CUALQUIER ENVÍO.

DIRIGIR TODAS LAS ÓRDENES DE SUSCRIPCIÓN A LA UNIDAD EDITORIAL DEL INSTITUTO INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS, A.P. 10.081 (1.000) SAN JOSÉ, COSTA RICA.

LAS INSTITUCIONES ACADÉMICAS INTERESADAS EN ADQUIRIR LA REVISTA IIDH, MEDIANTE CANJE DE SUS PROPIAS PUBLICACIONES, PUEDEN ESCRIBIR A LA UNIDAD EDITORIAL, REVISTA IIDH, INSTITUTO INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS, A.P. 10.081 (1.000), SAN JOSÉ, COSTA RICA, FAX: (506) 234-0955.

ÍNDICE

DOCTRINA

O LEGADO DA DECLARAÇÃO UNIVERSAL DE 1948 E O
FUTURO DA PROTEÇÃO INTERNACIONAL DOS
DIREITOS HUMANOS11

Antônio Augusto CANÇADO TRINDADE

EL DERECHO INDÍGENA FRENTE AL ESPEJO DE
AMÉRICA LATINA47

María Magdalena GÓMEZ RIVERA

LOS DERECHOS INDÍGENAS EN EL SISTEMA
INTERNACIONAL: UN SUJETO EN CONSTRUCCIÓN81

Rodolfo STAVENHAGEN

EL DERECHO A LA PARTICIPACIÓN POLÍTICA DE
LOS PUEBLOS INDÍGENAS.....107

Carlos M. AYALA CORAO

COMENTARIOS SOBRE LA PRÁCTICA DE LOS ÓRGANOS DEL SISTEMA INTERAMERICANO DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS

LOS PUEBLOS INDÍGENAS: JURISPRUDENCIA DEL SISTEMA
INTERAMERICANO DE PROTECCIÓN DE LOS
DERECHOS HUMANOS137

Ariel DULITZKY

PRESENTACIÓN

Nos es grato presentar la edición Número 26 de la Revista del Instituto Interamericano de Derechos Humanos. El primer número de nuestra publicación correspondió al semestre Enero-Junio del año 1985 y desde entonces se ha venido publicando dos veces por año en forma ininterrumpida.

El número 26 corresponde al período Julio-Enero de 1997 y está dedicado principalmente a temas inherentes a los derechos de los pueblos indígenas. María Magdalena Gómez Rivera, con su artículo titulado "El derecho indígena frente al espejo de América Latina", nos presenta un recuento de la juridicidad del derecho indígena en el marco de los estados nacionales de América Latina. Rodolfo Stavenhagen, Vice Presidente del Consejo Directivo del IIDH, contribuye con el artículo "Los derechos indígenas en el sistema internacional: un sujeto en construcción", en el cual reflexiona sobre la búsqueda de una nueva relación entre los pueblos indios y el estado nacional. En esa búsqueda se involucran organizaciones indígenas, agrupaciones políticas, asociaciones profesionales y académicas, así como sectores del indigenismo, a través de la teoría y la práctica de los estados en relación con las poblaciones indígenas del continente.

Hemos incluido un Memorial relativo al derecho de participación política de los pueblos indígenas, que declarara una sentencia líder dictada por la Corte Suprema de Justicia en Pleno de Venezuela (órgano de la jurisdicción constitucional), en la cual se declaró parcialmente con lugar la acción de inconstitucionalidad planteada por miembros y autoridades de los pueblos indígenas del Estado Amazonas. (Yanomami, Piaroa, Piapoco, Baré, Jivi, Ye' Kuana, Yabarana, Sanema), organizaciones indíge-

nas, (Organización Regional de los Pueblos Indígenas del Amazonas –ORPIA–; Unión Guahiba Venezolana; y Unión Maquitare del Alto Ventuari) y miembros del Vicariato Apostólico de Puerto Ayacucho, contra la “Ley de División Político-Territorial del Estado Amazonas”.

Además de los artículos sobre derechos de los pueblos indígenas, rendimos en este número nuestro homenaje a las cinco décadas transcurridas desde la adopción de la Declaración Universal de Derechos Humanos. Antonio A. Cañado Trindade, ex Director Ejecutivo del IIDH y actualmente miembro del Consejo Directivo, reflexiona sobre el legado a la humanidad de este instrumento y sobre el futuro de la protección internacional de derechos humanos, en un artículo con el usual rigor académico que lo distingue.

Hace casi trece años que editamos la Revista IIDH, como se le conoce en el ámbito de académicos y lectores, y la ocasión nos resulta grata para reconocer a las instituciones que han apoyado a la publicación durante este largo período, así como a los distinguidos colaboradores de su Capítulo de Doctrina.

Asimismo, agradecemos a los órganos de supervisión internacional de los derechos humanos, por el envío de los contenidos específicos que en cada número acompañan a la Revista.

Juan E. Méndez
DIRECTOR EJECUTIVO DEL IIDH

DOCTRINA

EL DERECHO INDÍGENA FRENTE AL ESPEJO DE AMÉRICA LATINA

María Magdalena GÓMEZ RIVERA¹

Me propongo presentar un recuento del proceso de juridicidad del derecho indígena en el marco de los Estados nacionales en América Latina. Para ello me referiré tanto al derecho ya formalizado a nivel nacional e internacional como a las propuestas en curso, en especial la relativa al Proyecto de Declaración Americana sobre Derechos de los Pueblos Indígenas que está procesando la OEA desde 1989. Me apoyaré asimismo en el análisis de las principales objeciones desde la lógica del Estado y en el perfil y concepción de sus políticas hacia los pueblos indígenas. Por último, y en el ánimo de considerar que el Estado de Derecho incluye no sólo la emisión de nuevas normas constitucionales sino una aplicación congruente con su espíritu, presentaré varios ejemplos referidos al tema de la jurisdicción indígena, que muestran el riesgo de abordar los nuevos derechos con la lógica jurídica monocultural en países que ya la reconocen como Bolivia y Colombia y, en los que no lo han hecho como es el caso de Ecuador y México.

El derecho internacional como motor del derecho indígena: el espacio de la ONU

Hoy en día encontramos diversos procesos políticos bajo el liderazgo indígena y con una cada vez más creciente alianza con otros sectores de la sociedad, algunos pretenden ampliar los marcos normativos constitucionales, otros alcanzan la ratificación del Convenio 169 de la OIT o bien avanzar en su reglamentación a través de legislaciones secundarias. En este inventario destaca el esfuerzo por alcanzar un nuevo instrumento jurídico en el ámbito de la Organización de las Naciones Unidas que si

1. Miembro de la Academia Mexicana de Derechos Humanos. Trabajo elaborado bajo el auspicio del Fondo para el Desarrollo de los Pueblos Indígenas en América Latina y el Caribe, presentado en el Coloquio "Pueblos Indígenas y Estado en América Latina", Quito, Ecuador, Julio 10-1997 (en prensa). Con actualización de datos a la fecha.

bien con el carácter de una Declaración se constituya en el gran paraguas doctrinario y jurídico para sustentar su respeto y aplicación. Este proyecto resultó del esfuerzo de 12 años de reuniones del grupo de trabajo que creara en 1982 la ONU, espacio singular que con el apoyo de un Fondo de Contribuciones Voluntarias pudo financiar a líderes indígenas de diversas partes del mundo, quienes elaboraron el borrador de la Declaración Universal de Derechos de los Pueblos Indígenas. Si bien el grupo contó siempre con la participación de asesores de la ONU o de representantes gubernamentales, puede decirse que la hegemonía del grupo ha sido indígena. Cuando en agosto de 1994 se aprobó como borrador el documento creado en este espacio, la primera providencia de la Comisión de Derechos Humanos fue suprimir de su título el carácter de “universal” y establecer un grupo de trabajo abierto y permanente² con el único propósito de elaborar un proyecto de declaración “tomando en consideración” el proyecto titulado “Declaración sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas de las Naciones Unidas”.³

El mencionado proyecto base contiene en efecto las reivindicaciones de los pueblos indígenas, pese a que se habla de que son aspiraciones mínimas lo cierto es que poco a poco la dinámica política les otorga el carácter de máximas. En 45 artículos expresa una concepción filosófica y jurídica cuya columna vertebral es el reconocimiento del carácter de pueblos, sin limitaciones⁴ su derecho a la libre determinación (art. 30) y como expresión de ésta a la autonomía o el autogobierno “en cuestiones relacionadas con sus asuntos internos y locales, en particular la cultura, la religión, la educación, la información, los medios de comunicación, la salud, la vivienda, el empleo, el bienestar social, las actividades económicas, la gestión de tierras y recursos, el medio ambiente y el ingreso de personas que no son miembros, así como los medios de financiar estas funciones autónomas” (art. 31). El articulado gira en torno a cada uno de estos elementos. Actualmente se han realizado reuniones del grupo de trabajo y la impresión que dejan es de un proceso de polarización entre los representantes indígenas y los gubernamentales quienes tienen un papel cada vez más activo. Los primeros sostienen que se debe respetar el proyecto original, los segundos pretenden introducir cambios en sus conceptos fundamentales, el sujeto de derecho, el

2. Por medio de la resolución 1995/32 del 3 de marzo de 1995.

3. Contenido en la resolución 1994/45 del 26 de agosto de 1994 de la Sub-comisión sobre la prevención de la Discriminación y la Protección de las Minorías. Esta resolución fue aprobada por el Consejo Económico y Social en su resolución 1995/32 del 25 de julio de 1995.

4. Del tipo de las contenidas al concepto en el Convenio 169 que señala “la utilización del término pueblos no deberá entenderse en el sentido que se otorga a ese término en el derecho internacional”.

carácter colectivo de los derechos, el territorio, la libre determinación y la autonomía.

Es incierto el destino del proyecto que comentamos, “la voluntad política” de los gobiernos tiende a coincidir más con el perfil del histórico y paternalista Convenio 107 de la OIT que data de 1957 y fue sustituido por la nueva concepción del 169. Muestra de ello es el hecho de que el 18 de abril del presente año concluyó la reunión de la Comisión de Derechos Humanos de la ONU sin que abordara, como estaba previsto, el asunto relativo al proyecto de Declaración sobre Derechos de los Pueblos Indígenas, “sólo recibió sucintas declaraciones gubernamentales de que se analiza, estudia y compara con las provisiones inscritas en las legislaciones nacionales” por si faltara claridad el funcionario de dicha Comisión de apellido Zacklin abundó: “la Comisión hace lo que puede pues las decisiones parten de los países miembros y no de los funcionarios de la ONU, los cuales siguen mostrando enorme interés respecto de los asuntos indígenas, pero buscan la manera precisa que la citada declaración pueda ser armonizada con las constituciones nacionales y sus reglamentaciones propias. Sin un mandato específico la Comisión no puede hacer más”.⁵ Esta es la realidad política, ésta la política de los Estados para continuar la línea histórica de negar la realidad.

El Derecho Indígena en el orden constitucional latinoamericano

Las inserciones de normas relativas a Derecho Indígena en el orden constitucional latinoamericano, expresan avances en el terreno de las reivindicaciones de los pueblos indígenas pero su ejercicio se ve limitado precisamente porque están inmersas en un orden jurídico que obedece a la lógica de la homogeneidad cultural. Basta observar que la reglamentación de preceptos constitucionales en esta materia es muy escasa, pese a que en algunos países como Bolivia y Colombia se ha manifestado voluntad política para realizarlos.

El proceso de juridicidad de las demandas de los Pueblos Indígenas, en sus expresiones más avanzadas, se refleja en las Constituciones de Nicaragua (1986), Brasil (1988), Colombia (1991), Paraguay (1992) y Bolivia (1994). En menor rango y profundidad se ubican las reformas a las Cartas Fundamentales de Costa Rica (1977), Guatemala (1985), México (1992), Panamá (1972 revisada en 1983), Perú (1993), Argentina (1994) y en el caso de Chile que emitió una ley sin reforma constitucional (1993).

El primer bloque mencionado empezó a reconocer derechos originarios ligados a las tierras, como un paso necesario para garantizar la

5. La Jornada, 19 de abril de 1997, Kyra Núñez, Ginebra.

reproducción física y cultural, en un concepto más amplio que el de tenencia de la tierra, estableciendo en el caso de Brasil el acceso al uso y disfrute de recursos naturales tratándose de ríos y lagos, señalando que en el caso de recursos energéticos o minerales, su exploración o explotación en tierras indígenas requieren la aprobación del Congreso de la Unión el cual escuchará a los pueblos afectados. Tanto Colombia como Bolivia incorporaron de manera directa el concepto de pueblo indígena, territorio y formas especiales de jurisdicción, abriendo en el caso de Colombia el espacio para la representación política indígena en el Senado.

Respecto al segundo bloque de países mencionados, sus normas constitucionales relativas a pueblos indígenas tienden a enfatizar el reconocimiento a la naturaleza pluricultural de sus naciones y a ofrecer garantías para ejercer y fortalecer su identidad. El conjunto de ellas, salvo México hacen expresa alusión al carácter inembargable e inalienable de las tierras indígenas.

El Convenio 169 y su inserción jurídica en América Latina

En 1989 se aprobó el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo, dentro de las posibilidades que ofrece este Convenio encontramos que su ratificación produce efectos jurídicos inmediatos para el orden interno en casi todo el sistema constitucional latinoamericano. Esta implicación en términos del proceso de juridicidad significa un avance porque en este instrumento se asumen conceptos básicos relativos al ámbito de los derechos colectivos frente a la hegemonía de los derechos individuales, de esta naturaleza es el sujeto de derecho, el pueblo indígena se define en atención a su origen histórico y a la persistencia de todas o parte de sus instituciones sociales, económicas, culturales y políticas, destacando en este concepto el principio básico de la autoidentificación. Asimismo, establece que el concepto de tierras debe comprender al de territorio entendido como el hábitat. Sus limitaciones están dadas por la naturaleza misma de un convenio que siendo internacional debe perfilar criterios tan generales que permitan su adaptación a las diversas situaciones de los países integrantes de la OIT.

Ha sido ratificado, en ese orden, por Noruega (1990), México (1990), Colombia (1991), Bolivia (1991), Costa Rica (1993), Paraguay (1993), Perú (1994), Honduras (1995), Dinamarca (1996), Guatemala (1996), Holanda (1998), Fiji (1998) y Ecuador (1998). Argentina lo ratificó en el Congreso por lo que se considera ley nacional pero no lo ha depositado en la OIT. En esa misma situación está Austria.

Actualmente está en proceso en Brasil, Chile, Nicaragua,⁶ procesos por lo demás conflictivos. Brasil, no obstante contar con una reforma constitucional avanzada, el movimiento indígena ha enfrentado intentos gubernamentales por revisar dichas reformas o expedir legislación que las anule y contradiga, situación que no es propicia al Convenio.⁷ Nicaragua, cuyo proceso de fortalecimiento de regiones autónomas ha sufrido la suerte del proyecto nacional y ha sido muy poco proclive a los esfuerzos por la ratificación, además de que en su momento el liderazgo de las regiones autónomas cuando aún estaba el sandinismo en el gobierno se mostró indiferente al Convenio y proclive al proceso de la ONU en óptica de exclusión frente al instrumento de la OIT y, en el caso de Chile, encontramos que se optó por expedir una ley especial indígena en 1993, sin modificar la Constitución pese a existir recomendaciones por la ratificación no se ven signos inmediatos en ese sentido. Recientemente se realizó una evaluación sobre los resultados de la aplicación de la ley a tres años de su expedición, encontrando que su principal expresión ha sido la creación de un organismo denominado Comisión Nacional de Desarrollo Indígena con ciertos avances sobre todo en el proyecto relativo al Fondo de tierras y aguas pero con serias limitaciones para avanzar a otros espacios relativos a derecho indígena por entrar en contradicción con otras leyes, por ello, se está empezando a anotar la necesidad de reforma constitucional y de ratificar el convenio. Algún sector del movimiento indígena señala que se ha desgastado atendiendo la dinámica de un organismo indigenista y se han separado paulatinamente de las comunidades.⁸

En cuanto a la aplicación del Convenio 169 ha sido muy errática y enfrenta resistencias en el caso de los países que lo han ratificado frente al creciente proceso de apropiación política por parte del movimiento indígena que demanda su concreción. Un indicador de estas diversas posiciones lo encontramos en la trayectoria de ratificación al Convenio 169 de la OIT:

6. Fuera de América Latina la primera ratificación que recibió fue la de Noruega y se está discutiendo en Dinamarca, Filipinas, Finlandia y Rusia.
7. Como ejemplos de esta tendencia encontramos los proyectos de ley 4.420/94 y 4.906/95 que disponen, respectivamente, la interferencia de la Secretaría de Asuntos estratégicos en la demarcación de tierras indígenas en caso de que éstas se localizaran en la franja fronteriza y la que determina la intervención de los gobiernos de los estados donde se localicen las tierras y del consejo de defensa nacional en el caso de que se ubiquen en la frontera, en complemento el ejecutivo envió al congreso una petición de que se homologue el procedimiento de demarcación, lo que puede provocar la revisión de los procesos de demarcación de tierras ya realizados. El movimiento indígena y los organismos no gubernamentales de defensa hasta ahora han logrado enfrentar los efectos de éstas y otras medidas mediante movilizaciones y acciones jurídicas, todo ello ha motivado que no se avance en la demarcación por estar defendiendo lo alcanzado.
8. Revista Pueblos Indígenas, Año II, núm. 5, octubre de 1996.

1. México fue el primero de América Latina que lo ratificó⁹ cuando aún no se reformaba su Constitución para incluir la pluriculturalidad motivado tanto por un afán coyuntural de recuperar terreno e imagen frente al inminente “quinto centenario” como por el propósito de preparar las condiciones ante el Congreso de la Unión para que aprobara la iniciativa de reforma constitucional que se venía discutiendo desde un año antes y que el Ejecutivo envió el 7 de diciembre de 1990. Así, sin consultas a los interesados el Senado de la República dictaminó que “el presente Convenio no contiene disposición alguna que contravenga nuestro orden constitucional ni vulnere la soberanía nacional”.

No obstante que en el país se conoció el Convenio después de haber sido ratificado, el Consejo de Pueblos Nahuas del Alto Balsas enfrentó los intentos de construir una hidroeléctrica bajo esta normatividad acompañada de intensas movilizaciones y la mesa de Derecho y Cultura Indígena en el diálogo del Gobierno Federal con el Ejército Zapatista enmarcó sus propuestas en los principales conceptos jurídicos del referido Convenio. Falta mucho por alcanzar para su pleno cumplimiento, hasta ahora el Gobierno Federal ha fijado la posición de informar a la OIT a partir de los programas gubernamentales sin profundizar el marco constitucional y legal y sin establecer reales mecanismos de consulta y participación, incluso, en el futuro inmediato tendrá que enfrentar la presión de la Conferencia de la OIT ante la nula respuesta a la observación que se le hiciera en 1995 sobre la situación de los trabajadores indígenas en Chiapas.

2. Colombia, en el contexto del auge de la promulgación de una nueva Constitución en 1991, con un capítulo indígena muy avanzado, se aprestó a ratificarlo sin mayor discusión.
3. Guatemala, cuando aún se veían muchos problemas en las pláticas hacia la paz, realizó, con el auspicio de la OIT, uno de los procesos de consulta más consistentes en el área, primero en la historia de ese país, que derivó incluso en la creación de una instancia representativa indígena encargada de promover la ratificación del Convenio. La mayoritaria adhesión indígena no fue suficiente y se dejó en el camino del Congreso la ratificación definitiva pues sectores de interés, en especial los agrupados en el Comité de Asociaciones Agrícolas, Comerciales, Industriales y Financieras –CACIF– se opusieron terminantemente bajo el pretexto de que el capítulo de tierras generaría una incontenible oleada de demandas por su recuperación y que no debía existir legislación especial para los pueblos indígenas ya que todos los guatemaltecos son iguales ante la ley.

9. Dictamen de la Comisión de Relaciones Exteriores, segunda sección, de fecha 26 de junio de 1990, formalizada el 3 de agosto de 1990 y registrada el 4 de septiembre de 1990.

Finalmente, ya en el marco de la firma previa de los acuerdos sobre Identidad y Derechos de los Pueblos Indígenas¹⁰ el Congreso emitió uno de los textos más polémicos en esta materia el 5 de marzo de 1996:

Se aprueba el Convenio 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales. Dicha aprobación se hace bajo el entendido de que las disposiciones de la Constitución Política de la República prevalecen sobre dicho convenio, el cual no afecta derechos adquiridos ni tiene efectos retroactivos. (Decreto 9-96).

Se redactó el dictamen en estos términos no obstante que el Convenio 169 no está sujeto a ratificaciones parciales de su contenido y que su Constitución General establece en el art. 46 el principio general, en materia de derechos humanos, los tratados y convenciones aceptados y ratificados tienen preeminencia sobre el derecho interno. En el seno de la OIT se desarrolló una intensa polémica al respecto y finalmente aceptó el registro el 13 de junio de 1996. Habrá que seguir con atención el proceso de concreción de los Acuerdos de Paz en Guatemala pues el relativo a pueblos indígenas se basó fundamentalmente en el contenido del Convenio 169.

4. Ecuador, uno de los países que cuenta con un movimiento indígena sólido, inserto cada vez más en una dinámica de lucha nacional por la democracia, no ha ratificado el Convenio 169 ni reformado a fondo su Constitución, de la de 1945 proviene la ambigua referencia a las lenguas indígenas. Fue hasta 1979 que mediante referéndum se concedió el voto a los analfabetos cuyos más altos índices están ubicados entre la población indígena. Actualmente la Asamblea Nacional Constituyente elaboró una nueva Constitución en la que el movimiento indígena presentó propuestas que se ubican en el marco del Convenio N° 169 y que han sido aprobadas en segundo y definitivo debate el viernes 24 de abril de 1998.

En la importante movilización de 1990 conocida como el Levantamiento Indígena, el movimiento indígena tenía tal fuerza que, al parecer, se consideró que era muy limitado negociar como una demanda al gobierno la ratificación del mencionado Convenio, por lo que no la asumió dentro de la agenda de la mesa de negociación con el Gobierno. Hoy en día con una inserción significativa en la problemática nacional, y con un perfil creciente de factor de poder, se logró que el Congreso aprobara por unanimidad su ratificación. A finales de marzo de 1997 en el contexto de la caída del Presidente Bucaram el movimiento indígena logró que se suprima el Ministerio de Asuntos Étnicos y en su lugar se estableció el Fondo Nacional para el

10. Suscrito el 31 de marzo de 1995 en la Ciudad de México por el Gobierno de la República de Guatemala y la Unidad Revolucionaria Nacional Guatemalteca, con la mediación de la Organización de las Naciones Unidas.

Desarrollo de los Pueblos Indígenas, dependiendo del Presidente de la República y en cuya secretaría se ubicó a la destacada lidereza indígena Dra. Nina Pacari.

5. Países como Honduras decidieron inaugurar una línea por los derechos indígenas inscritas en los esfuerzos por la transición democrática y ratificaron el Convenio, previamente habían creado una fiscalía para asuntos indígenas.

El camino hacia una Declaración Americana sobre Derecho de los Pueblos Indígenas

El 18 de noviembre de 1989 la Asamblea General de la Organización de Estados Americanos adoptó la siguiente resolución:

CONSIDERANDO:

...Que la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en su Informe Anual se ha referido al proceso de codificación y desarrollo progresivo del derecho internacional de los derechos humanos y ha propuesto diversas medidas con el fin de fortalecer e impulsar dicho proceso, y

Que, asimismo, la Comisión, con ocasión de la celebración, en el año de 1992, del Quinto Centenario del Encuentro de Dos Mundos, ha propuesto la adopción durante ese año de un instrumento jurídico, relativo a los derechos humanos de las poblaciones indígenas.

RESUELVE:

...13) Solicitar a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos la preparación de un instrumento jurídico con miras a que pueda ser adoptado en 1992 relativo a los derechos de las poblaciones indígenas."

11. Luego de consultas informales con representantes de Gobiernos, organizaciones indígenas y expertos, la Comisión aprobó en su 80° período de sesiones, el 1° de octubre de 1991 una metodología para la preparación del nuevo instrumento:
 - a) La Secretaría de la Comisión prepara un cuestionario para solicitar opinión sobre las áreas a las que debería referirse el futuro instrumento legal, sobre la legislación y práctica actual en cada país respecto a esas áreas y sobre los derechos y garantías que el instrumento jurídico debería contemplar respecto a dichas áreas.
 - b) La Secretaría sometería a aprobación el cuestionario en el 81° período de sesiones de la CIDH a realizarse en febrero de 1992.
 - c) Se enviaría el cuestionario a gobiernos y organismos en febrero de 1992, solicitando a los gobiernos organicen una consulta amplia en su país,
 - d) La CIDH resumiría las respuestas y conclusiones de la consulta para presentarlas en el 83° período de sesiones de la CIDH a realizarse en febrero de 1993.
 - e) Una vez aprobado el resumen de propuestas de la Secretaría de la CIDH prepararía un borrador de instrumento jurídico para ser discutido y aprobado en el 84° período de sesiones de 1993.
 - f) El borrador de instrumento se enviaría a los gobiernos y organizaciones en septiembre de 1993, a fin de presentar resumen de observaciones a la CIDH en su 86° período de sesiones en septiembre de 1994.
 - g) La CIDH aprobaría el proyecto en septiembre de 94 y lo enviaría a Consejo Permanente y a Asamblea General.
 - h) El Consejo Permanente lo pasaría a su Comisión de Asuntos Jurídicos y Políticos la cual podría conformar un grupo de trabajo donde participaría un abogado de la CIDH. no habría plazo para este estudio.

Con la metodología de cuestionarios y reuniones así como con diversos ajustes al calendario originalmente previsto, la CIDH¹² fue conformando un perfil de demandas y conceptos que culminaron en la elaboración de un borrador que aprobó dicha Comisión el 18 de septiembre de 1995. Dicho texto expresaba una síntesis de las principales disposiciones del Convenio 169 y del Proyecto de Declaración de Derechos de los Pueblos Indígenas que se está discutiendo en la ONU. Pese a incluir por primera vez la expresión "derecho indígena" en lugar de la tradicional y restringida de usos y costumbres, y de abrirse a nuevos campos como el del derecho al desarrollo y al medio ambiente, el proyecto tenía serios problemas y contradicciones en cuanto al uso de conceptos, por ejemplo hablaba más de comunidad y de poblaciones que de pueblos, más de tierras que de territorios, más de lenguajes que de lenguas.

Por su parte la CIDH ha informado que "Desde la aprobación del Borrador, se han concretado ya numerosas actividades de consulta sobre el mismo, que contienen propuestas referentes a derechos humanos, culturales, organizativos y políticos, y económicos de los pueblos indígenas de las Américas. Se solicitaron comentarios a los Gobiernos y a más de doscientas organizaciones indígenas. Como resultado de ello numerosos pueblos indígenas han discutido y analizado el texto borrador en sus asambleas y reuniones comunitarias. A nivel internacional el borrador fue analizado en reuniones con líderes indígenas y expertos gubernamentales en la Reunión Mundial de Pueblos Indígenas realizada en Arequipa, Perú, en octubre de 1995, en un Seminario del "Canadian Bar Association" en Ottawa, en ese mismo mes, en la reunión internacional especialmente dedicada a la Declaración Interamericana organizada por la Fundación Canadiense para América Latina y el Caribe (FOCAL) en Montreal, Canadá, en febrero de 1996, en una reunión especial en Guatemala organizada por el Instituto Interamericano de Derechos Humanos en febrero de 1996, y en mayo de 1996 en Denver, Colorado, organizada por el Consejo de Recursos Energéticos Tribales (CERT), con representantes de 134 organizaciones indígenas de Estados Unidos y Canadá. En el mes de noviembre de 1996 se realizaron dos reuniones regionales de consulta con gobiernos y organizaciones indígenas. La primera reunión se llevó a cabo en Guatemala del 14 al 16 y la segunda en Quito, Ecuador, del 21 al 23 de noviembre de 1996.

12. La CIDH, órgano principal de la OEA en el área de los derechos humanos, ha intervenido anteriormente en la preparación de los borradores de los instrumentos americanos sobre Derechos Humanos (Pacto de San José, 1969), sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Protocolo de San Salvador, 1980) sobre Abolición de la Pena de Muerte (1990), para Prevenir y Sancionar la Tortura (1985); y sobre Desaparición Forzada de Personas (1994), entre otros.

Continúa la CIDH, el borrador de Declaración ha tenido amplia difusión, además de su publicación en libros y revistas especializadas de América y Europa, es accesible electrónicamente en INTERNET (www.oas.org). Asimismo, y con el consentimiento de los autores, la CIDH hará públicos los comentarios que reciba de Gobiernos e instituciones indígenas, algunos de los cuales ya han entregado sus comentarios.¹³

A lo largo del proceso la CIDH ha promovido otras expresiones de voluntad política y de compromisos diplomáticos que fortalezcan su mandato de 1989, tales como el de 1994 en la Cumbre de las Américas, celebrada en Miami, donde los países miembros de la OEA decidieron entre sus prioridades apoyar un proceso de revisión y mejoramiento de la protección de los derechos indígenas, y enfocar sus energías en fortalecer el ejercicio de los derechos democráticos y el acceso de las comunidades indígenas a los servicios civiles, en observancia de la Década Internacional del Pueblo Indígena declarada por Naciones Unidas.

También en 1995, la Asamblea General de la OEA, reafirmó en su Declaración de Montreal ese compromiso al declarar que "...en la diversidad étnica y cultural radica una de las mayores potencialidades del hemisferio y que es deber de la OEA valorar e incorporar dicha realidad en la búsqueda del desarrollo de los pueblos de América". Expresó entonces su "compromiso de promover el desarrollo económico y social de las poblaciones indígenas con especial atención a las cuestiones relacionadas con los derechos humanos, el medio ambiente, la educación y la salud..., en la búsqueda de políticas de desarrollo social que incluyan la protección y promoción de sus derechos y de su diversidad cultural".

Si bien han sido importantes todas estas gestiones, en el ámbito de la consulta se observó que al inicio de este proceso, propiamente en 1990, la CIDH envió primero un cuestionario, donde las preguntas que lo integraban tenían muchas de ellas el enfoque de derechos individuales más que el de los colectivos de los pueblos y además, los resultados de las respuestas recibidas fueron poco conocidos y analizados. Por otra parte, se remitió a las organizaciones y gobiernos el primer borrador y no todas las organizaciones tuvieron oportunidad de analizarlo y reaccionar, factor que puede ocasionar dificultades en la siguiente etapa del proceso.

El 26 de febrero del presente año, la CIDH dio un paso importante al aprobar un Proyecto de Declaración Americana sobre Derechos de los Pueblos Indígenas, que refleja la decisión y voluntad política de asumir las principales demandas de los pueblos interesados, supera y sustituye al borrador del 18 de septiembre de 1995, recomendando a los Estados miembros que tomen las medidas necesarias a fin de lograr consenso sobre la misma para adoptarla en la reunión de la Asamblea General de la

13. Comunicados de Prensa CIDH, Washington, D.C., 28 de mayo y 30 de octubre de 1996.

OEA de 1998, en conmemoración del 50° Aniversario de la OEA, y de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre.¹⁴

El Proyecto de Declaración se inicia “recordando que los pueblos indígenas de las Américas constituyen un segmento organizado, distintivo e integral de su población y tienen derecho a ser parte de la identidad nacional de los países, con un papel especial en el fortalecimiento de las instituciones del Estado y en la realización de la unidad nacional basada en principios democráticos”. “Recordando la necesidad de desarrollar marcos jurídicos nacionales para consolidar la pluriculturalidad de nuestras sociedades”.

La relación de los pueblos y culturas indígenas con la ecología, la importancia de la erradicación de la pobreza, su derecho al desarrollo, la convivencia y respeto que merecen, la supervivencia indígena y su relación con los territorios, así como los avances jurídicos ya logrados en los países americanos, son también temas incluidos en el Preámbulo.

En sus seis secciones, el Proyecto de Declaración se refiere a los aspectos especiales de la aplicación de los derechos humanos a los pueblos y personas indígenas; al desarrollo cultural y el derecho a su integridad, lenguas, educación, familia, salud y protección del medio ambiente. Enfoca luego aspectos de sus derechos organizativos y políticos, incluyendo el derecho al autogobierno, el derecho indígena y su relación con los ordenamientos jurídicos de cada Estado. En el capítulo sobre derechos sociales, económicos y de propiedad, se refiere a las formas tradicionales de propiedad y supervivencia cultural, derechos laborales, de propiedad intelectual y del derecho al desarrollo.

En su última sección incluye proposiciones sobre los alcances de la Declaración, enfatizando que la misma debe entenderse dentro de los principios de la OEA, incluyendo la igualdad soberana, la integridad territorial y la independencia política de los Estados.¹⁵

Hasta ahora el movimiento indígena a nivel continental ha mantenido una posición desigual, marcada en lo general, por una situación de indiferencia ya sea por desconocimiento, por encontrarse inmersos en álgidos procesos nacionales, por la contradictoria imagen que tiene para ellos el ámbito de la OEA o bien, porque se considera que todo proyecto que distraiga la atención sobre el que está en curso en la ONU vulnera a éste que es el objetivo principal del movimiento indígena en la región.

14. El 7 de marzo de 1997 la Comisión formalizó la entrega de dicho Proyecto al Secretario General de la OEA, Dr. César Gaviria. El Presidente de la CIDH, Embajador John Donaldson, explicó al Secretario General la amplia consulta realizada entre gobiernos, organizaciones indígenas y expertos, desde octubre de 1995.

15. Comunicado de prensa de la CIDH, Washington, D.C., 7 de marzo de 1997.

Se puede producir el fenómeno político que se ha presentado respecto al Convenio 169 de la OIT en el sentido de que algunas organizaciones indígenas lo consideran "inferior" o más limitado respecto al proyecto de declaración que se discute en la ONU y piensan que ratificarlo en sus países o promover su ratificación implica boicotear al de la ONU. En Guatemala se dio el caso de que se expresara que la promoción de otros instrumentos jurídicos, sea el de OIT o el de la OEA puede limitar lo que ya tienen en el acuerdo firmado en el marco de las negociaciones para la paz.

La CIDH debe tomar en cuenta estos factores, en primer lugar, recordar que la más amplia difusión que ha realizado no ha tenido como base el documento que recién aprobó como proyecto y, en segundo lugar, hasta ahora la CIDH no ha dado una explicación oficial respecto a su opción por un instrumento jurídico tipo declaración en lugar de una Convención o un protocolo adicional a la Convención Americana de Derechos Humanos. Este es otro de los motivos de inquietud que probablemente influyan en la reacción indígena. Sin embargo, es previsible que el contenido del nuevo proyecto, una vez que se conozca y se compare con el borrador del 96, despertará adhesiones más enfáticas por parte del movimiento indígena, respaldo por demás indispensable dado el marco de objeciones de los Estados en torno a los conceptos fundamentales del derecho indígena.

Políticas públicas y pueblos indígenas

En nuestros países la aplicación de normas constitucionales está atada a la discrecionalidad que entraña "la voluntad política" de aplicarlas. Esta línea se pone en crisis frente a unos sujetos políticos interesados en exigir su cumplimiento.

En lo general encontramos ausencia de políticas nacionales, de Estado, frente a los pueblos indígenas, salvo los casos de Brasil y México las políticas gubernamentales en América Latina son recientes, erráticas y muy dependientes de las preferencias o inclinaciones de quienes tienen a su cargo las instituciones. No parece encontrar un punto de encuentro la nueva dinámica de derechos de los pueblos con las instituciones y proyectos indigenistas de los Estados, éstos tienden a valorar como peligroso el compromiso por el pleno ejercicio de estos derechos ante la evidencia de que su impulso conlleva a la confrontación con la lógica imperante en el conjunto de instancias gubernamentales. Mientras los gobiernos de Bolivia y Colombia parecen estar dispuestos a definir una política y una línea institucional de nuevo tipo y acorde al marco constitucional de derechos, siempre con la tensión de la insuficiente participación directa de representaciones de los pueblos indígenas, el de Ecuador que como ya señalamos tiene un precario marco constitucional

asumió recientemente la decisión de crear una instancia cuya dirección estaría orgánicamente ligada al movimiento indígena del país,¹⁶ el de México transita aún por la ambigüedad de su política indigenista destinada a transformarse radicalmente como consecuencia de las nuevas definiciones constitucionales que están a debate y que otorgarían autonomía a los pueblos indígenas, mientras tanto se cuenta ya con líneas de trabajo que podrían confluir en una nueva relación del Estado con los Pueblos Indígenas, es el caso de proyectos de fondos regionales, de cultura y de procuración de justicia que transfiere recursos directos a organizaciones indígenas y que, con todo y su insuficiencia apuntarían a la transición del esquema indigenista prevaleciente que concibe a los pueblos más como objetos de atención que como sujetos de derecho. Pese a estos intentos de innovación, prevalece la posición de los gobiernos a salirse por la puerta falsa del llamado "combate a la pobreza" que en el mejor de los casos, en muy pocos de ellos, logra paliativos que le permiten limitados márgenes de legitimación ante la "clientela" favorecida por sus acciones.

Se ha señalado que lo verdaderamente grave es la pobreza, más que la ausencia de derechos. El problema no es definir que es más grave, en la base de las demandas indígenas está el reconocimiento a su Derecho para decidir, entre otras cosas, sus estrategias para la satisfacción de sus necesidades humanas fundamentales. No se trata de que el Estado simplemente canalice recursos económicos, sino que se trata de terminar con el manejo clientelar de los mismos que ha provocado más división interna que solución a la pobreza.

Floriberto Díaz, líder mixe, mexicano (+), afirmaba categórico: "Desde lo indígena, el desarrollo no tiene futuro cuando se decide finalmente desde el Estado. Por ello, tenemos la certeza de que si somos nosotros quienes decidimos realmente, podemos armar y ejecutar proyectos eficientes... La ciencia y la tecnología modernas no están opuestas al desarrollo de los pueblos indígenas. Tampoco nos sentimos condenados a abandonar nuestra cultura si la adaptamos y usamos para reforzar nuestra comunitariedad para un desarrollo a la altura de los tiempos".¹⁷

Por otra parte, bien sabemos que el problema no se resuelve con estrategias aisladas, ni fondos "etiquetados", sino que la extrema pobreza de indígenas y no indígenas es resultado de un modelo económico. Uno de los problemas nodales en la relación de los pueblos indígenas con el Estado Nacional es el de la democracia, esto es el de su posibilidad de participación en la toma de decisiones y en la ejecución de todo aquello

16. Consejo Nacional de Planificación y Desarrollo de los Pueblos Indígenas y Negros del Ecuador.

17. Ponencial "Cultura para el Desarrollo" presentada en el II Encuentro de Etnias de Oriente y Occidente. Tepic, Navarit. 1992.

que les afecte. Así pues, relativizar el planteamiento del Derecho Indígena con el argumento de que lo verdaderamente urgente son los recursos económicos, parece inexplicable cuando lo que pretenden los pueblos indígenas es participar con plenos derechos en todos los ámbitos y niveles de gobierno, donde se decide, entre otras cosas, la política económica de la Nación.

Las crecientes movilizaciones indígenas en regiones que conjugan extrema pobreza y marginación social y política está generando una tendencia muy grave y creciente en países como México o incluso Perú que consiste en valorar la problemática indígena bajo un esquema de seguridad nacional en lugar de proponerse, incluso bajo un esquema de gobernabilidad, el fortalecimiento del estado de derecho con la ampliación del marco constitucional que propicie la participación directa de estos pueblos en la definición y ejecución de políticas nacionales. Aunado a esto encontramos que existe una especie de esquizofrenia en los Estados al asumir a través de sus cancillerías posiciones contrarias a los derechos indígenas ya reconocidos en el ámbito interno, contradicción que guardan también frente a sus propias instituciones indigenistas las que, con frecuencia no participan o si lo hacen no se considera su opinión para tales definiciones y estrategias. Así tenemos que camina la política institucional indigenista por un lado y la posición de "Estado" por otro. Hay situaciones muy preocupantes, el caso de Guatemala lo sería, después de un complicado proceso de paz con población mayoritariamente indígena pareciera perfilarse la línea de canalizar a través de una institución naciente, el Fondo Indígena guatemalteco, toda la política de desarrollo que debería reflejarse en la política nacional. En Perú la nueva política consiste en incorporar el tema indígena a la estructura de atención del ministerio de promoción de la mujer y el desarrollo humano creado el 29 de octubre de 1996 mediante Decreto Legislativo 866. De él depende la Gerencia de desarrollo humano que "promueve, ejecuta y supervisa políticas y programas en el campo del desarrollo humano, con la finalidad de elevar la calidad de vida de las personas, la familia y en especial grupos en situación de riesgo, impedidos físicos y de las poblaciones indígenas" (documento del Ministerio de Promoción de la Mujer y el Desarrollo Humano. Gobierno del Perú, 1997).

Respecto a la presentación política de los pueblos existe la tendencia a propiciarla en términos de la lógica de los programas gubernamentales, institucionales, más que en la de su necesaria autonomía y capacidad de decisión. Alrededor de las instituciones se mueven cuadros indígenas que han asimilado la ideología de la intermediación lo que en ocasiones conduce a una auténtica sustitución de los pueblos.

La razón de estado frente al Derecho Indígena

De la misma manera que podemos reconstruir la trayectoria de la juridización de las demandas de los pueblos indígenas, se ha ido gestando en los Estados Naciones de América Latina un inventario defensivo que en aras de la eufemista unidad nacional y soberanía expresa una creciente cerrazón ante la necesidad de cambiar la naturaleza del orden jurídico y dar entrada como principio constitutivo al de la pluriculturalidad. Hay sin duda mucha ignorancia, prejuicio y discriminación en las posiciones oficiales pero hay sobre todo conciencia de la contradicción que entraña para sus aspiraciones neoliberales y globalizadoras el compromiso de reconocer a unos sujetos de derecho que demandan autonomía constitucional para decidir los asuntos fundamentales relacionados con la vida de sus pueblos entre los que destaca su inserción en la vida política nacional para garantizar su adecuada relación con la naturaleza, el acceso al uso y disfrute de los recursos naturales, la posibilidad de participar en la toma de decisiones sobre los proyectos de desarrollo. Como vemos no se trata de demandas culturalistas ni susceptibles de reducirse al folklore inofensivo de los usos y costumbres o la contratación de maestros que hablen lengua indígena. Por ello se ha planteado que se requiere una reforma del Estado.

Cuando se revisan las memorias del debate para la elaboración del Convenio 169 encontramos que si bien se presentaron objeciones no hubo una posición homogénea de los Estados y las dos partes que adicionalmente integran la estructura tripartita de la OIT, trabajadores y empleadores, aportaron muy poco. Los candados del 169, por ejemplo al concepto de pueblo o a los recursos de dominio exclusivo del Estado, reflejan las preocupaciones de los Estados miembros, sin embargo, se observa un proceso de real conciliación de textos y de posiciones. Probablemente se dio esta situación porque los Estados se guiaban por la lógica de que las normas internacionales suelen tener poco impacto en el derecho interno y en la vida nacional. Lo cierto es que fueron los pueblos indígenas quienes le encontraron de inmediato un valor político programático al contenido del Convenio y pese a que no tuvieron participación significativa en su elaboración se apropiaron de él y pasó a formar parte de su red de estrategias ya sea para pedir su ratificación o para exigir su cumplimiento.

La Declaración de la ONU, la de la OEA y las discusiones sobre propuestas de reformas constitucionales en los países están siendo valoradas por los Estados con una batería similar de "razones de estado" sin considerar siquiera que tienen efectos jurídicos distintos sólo por el origen del sistema al que se adscriben, más bien tiende a prevalecer la posición de analizar las implicaciones de normas que son internacionales a partir del derecho interno y en ocasiones en contra del mismo como es el caso de

Brasil que contando con normas constitucionales vigentes, avanzadas, opina en contra de lo establecido en ella para instrumentos de “afuera”, igual sucede con los países que han ratificado el Convenio 169, como México, y que éste forma parte de la legislación nacional. Por ejemplo, a propósito del derecho a la protección ambiental, Argentina afirmó que “este delicado tema podría presentar el riesgo de generar un doble estándar de órdenes jurídicos...”¹⁸

En el marco del estado de derecho los Estados no deberían pretender limitar nuevas normas a partir de su rechazo ideológico y político a las que están vigentes y que deben respetar. No sorprende que Estados Unidos sugiera que no debe hablarse de “derechos” sino de “aspiraciones”, como vemos el propósito de disminuir el impacto jurídico está muy presente.

Si una declaración no produce en sí misma efectos vinculatorios no tiene por qué incluirse limitaciones como se hizo en el Convenio 169 el cual sí requiere ratificación de los Estados y produce efectos jurídicos en el marco nacional. Ilustra mucho Argentina cuando señala que “a pesar del carácter programático de la norma y la naturaleza solamente recomendatoria (no obligatoria) de la Declaración en general, no sería aceptable la redacción actual que podría convertirse en una base para futuros reclamos de orden pecuniario”.

Para ofrecer algunos ejemplos significativos y “acercar el espejo” me referiré a los argumentos que sustentan a la demanda indígena y a los que han sido cuestionados por los Estados respecto a los proyectos de ambas declaraciones.¹⁹

Concepto de Pueblo Indígena y Libre Determinación

Cuando se habla de los destinatarios de la protección, preservación, desarrollo y promoción de derechos indígenas, de inmediato se plantea la interrogante sobre cómo definir quiénes son indígenas. Problema ya resuelto internacionalmente y concretamente en el Convenio que obliga al Estado Mexicano, el 169 de la OIT. Dice el Art. 1°:

18. Todas las opiniones de los gobiernos han sido expresadas tanto en el grupo de trabajo de la ONU como a la CIDH en carácter de observaciones al primer borrador de la CIDH de septiembre de 1995. En el caso de México hasta ahora ha mantenido una posición equilibrada al considerar en sus opiniones el contenido del Convenio 169. Digo hasta ahora porque recientemente el representante de la SER presentó los argumentos del Gobierno Federal contra la propuesta de COCOPA en el quincuagésimo período de sesiones del Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial de la Comisión de Derechos Humanos en la ONU.

19. Encontraremos una enorme similitud con los que se han objetado en el proceso del diálogo en México respecto a los Acuerdos de San Andrés derivados de la mesa de Derecho y Cultura Indígena en el marco de las negociaciones entre el Gobierno Federal y el Ejército Zapatista de Liberación Nacional.

1. El presente Convenio se aplica:

- a) a los pueblos tribales en países independientes, cuyas condiciones sociales, culturales y económicas les distingan 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) los pueblos son 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 fronteras estatales y que, cualquiera que sea su situación jurídica, conservan todas sus propias instituciones sociales, económicas, culturales y políticas, o parte de ellas.
2. La conciencia de su identidad indígena o tribal deberá considerarse un criterio fundamental para determinar los grupos a los que se aplican las disposiciones del presente Convenio.
3. La utilización del término "pueblos" en este Convenio no deberá interpretarse en el sentido de que tenga implicación alguna en lo que atañe a los derechos que pueda conferirse a dicho término en el derecho internacional.

En este caso la definición del sujeto está claro, en este artículo no se dejó a la libertad de los Estados miembros de la OIT que ratificaran el Convenio, la facultad de decidir qué entenderían por pueblos. El numeral tres aclara lo que ha sido preocupación fundamental de los estados, el uso del término pueblos no significa de manera alguna autodeterminación política, ni separación del Estado Nacional.

Sin embargo, debemos anotar que en el seno de la Organización de las Naciones Unidas, la definición del concepto de pueblo indígena es un tema abierto a debate en el contexto de la elaboración de la Declaración de Derechos de los Pueblos Indígenas, para cuya discusión se ha propuesto considerar los siguientes elementos:

- I. Tierras y Territorios tradicionales,
- II. Continuidad histórica,
- III. Características Culturales distintivas,
- IV. Carácter de grupo no dominante en la población de un país,
- V. Conciencia de la Identidad y Conciencia de Grupo.

Como elementos concretos señaló:

1. La ascendencia común,
2. Los aspectos culturales que abarcan la religión,
3. La organización tribal,
4. La pertenencia a una comunidad indígena,

5. La indumentaria y los medios de vida,
6. El idioma,
7. La conciencia de grupo,
8. La residencia en ciertas regiones del país y,
9. La aceptación por parte de la comunidad indígena (9).

El Banco Mundial, por su parte, ha definido los criterios que deberán considerarse en la institución, para reconocer la presencia de pueblos indígenas:

- a. una estrecha vinculación con territorios ancestrales y los recursos naturales de esas zonas,
- b. autoreconocimiento y reconocimiento por parte de otros como miembros de un grupo cultural característico,
- c. un idioma indígena, a menudo diferente del idioma nacional,
- d. presencia de instituciones sociales y políticas basadas en las costumbres y,
- e. producción principalmente de subsistencia (10).

Los Pactos Internacionales de Derechos Civiles y Políticos y de Derechos Económicos, Sociales y Culturales establecen en su artículo primero (numeral 1.1.):

Todos los pueblos tienen el derecho de libre determinación. En virtud de este derecho establecen libremente su condición política y proveen asimismo a su desarrollo económico, social y cultural.

El Convenio 169 de la OIT, si bien no establece de manera explícita el derecho a la autodeterminación, sí lo presupone al señalar desde su inicio, en el preámbulo, la necesidad de que los pueblos controlen sus instituciones propias dentro del marco del estado en que viven, también establece los principios de participación y consulta en la toma de decisiones y el control "hasta donde sea posible" sobre su desarrollo social y cultural.

El ejercicio de este derecho fundamental a la libre determinación en el marco del Estado, no fuera de él, es la garantía de preservación y desarrollo de los pueblos indígenas, derivado de ello, la demanda de autonomía y autogobierno son condiciones básicas. La autonomía y el autogobierno no son otra cosa que la capacidad de decidir los asuntos fundamentales de acuerdo con su cultura y bajo unas reglas pactadas con el Estado.

La resistencia y persistencia de estas colectividades sociales se ha basado en su convicción de no permitir su asimilación a un Estado, un Derecho, una Sociedad y una Cultura que los niega, discrimina y que les ha marginado de todo acceso a los derechos sociales y políticos como pueblos y como ciudadanos.

De parte Estatal se indica que debe utilizarse el término "poblaciones" en lugar de pueblos indígenas. "para evitar interpretaciones erróneas" ya que el concepto evoca la resolución 1514 de la ONU, que se titula "Declaración sobre la concesión de la independencia a los Países y Pueblos Coloniales" y que establece:

todos los pueblos tienen el derecho de libre determinación: en virtud de este derecho determinan libremente su condición política y persiguen libremente su desarrollo económico, social y cultural.

Asimismo, se considera insuficiente la aclaración de que no se dará la implicación del derecho internacional (destacan en esta posición Argentina y Brasil). Estados Unidos, por su parte, sugiere otro concepto alternativo, el de "sociedades indígenas":

son aquellos grupos que están compuestos o son descendientes de personas que habitaron una área geográfica con anterioridad a la soberanía del presente Estado; históricamente ejercieron la soberanía o los atributos de la soberanía y conforman una comunidad distinta con sus propias instituciones.

Es evidente la intención de desnaturalizar el concepto al hablar de grupos que descienden de personas. De ahí la base para hablar de derechos individuales y no colectivos como veremos.

Territorio

Respecto al derecho al territorio, su reconocimiento y ejercicio es necesario para garantizar la existencia misma de los pueblos indígenas por ser éste el espacio donde ejercen control político y el derecho a la propia cultura, a la posibilidad de mantener y desarrollar su relación con la naturaleza, sus expresiones artísticas, sus creencias, su historia misma, su versión de la historia.²⁰

Es decir, existe un reclamo de jurisdicción que hasta ahora los estados nacionales han rechazado bajo el argumento de que dicho reclamo atenta contra su integridad y soberanía. Por ello se ha insistido en reducir o en circunscribir este derecho, al derecho al uso de la tierra como espacio productivo, cuya explotación puede realizarse individual o colectivamente siempre en el marco del derecho privado por antonomasia, el de propiedad. Se puede aceptar la posibilidad de luchar por tener más o menos extensión de tierra, pero no se acepta que un pueblo tenga autoridad, capacidad de decisión.

Para los Estados el concepto es peligro por coincidir con el que consideran elemento consustancial a su propia existencia. Ahora bien, es cierto que el concepto coincide pero no su sentido y alcances, en el plano indígena el territorio es el hábitat necesario para desarrollar la cultura, no

20. Del documento "Los Derechos de los Pueblos Indígenas", preparado por un Comité de Expertos, indígenas y no indígenas, auspiciado por el IIDH, San José de Costa Rica.

implica dominio ni afecta al que de manera exclusiva se reservan algunas naciones, inclusive esta excepción está incluida en el Convenio 169 de la OIT.

1. Estos argumentos no convencen a los Estados, por ejemplo Brasil ha señalado que lo aceptaría si se habla de territorio cultural pero prefiere tierras porque “evitaría el contenido político que encierra”... dado que no se busca un poder paralelo al Estado sino proteger el derecho al pleno usufructo del hábitat por las comunidades indígenas... es uno de los componentes del Estado, es el espacio físico dentro del cual se ejerce la soberanía nacional. Argentina, por su parte, consideró que este concepto es el ámbito espacial de validez del orden jurídico nacional por lo que es inaceptable.

Derechos Individuales y Derechos Colectivos

Como sabemos, la concepción clásica de los derechos humanos define como destinatario o destinataria a la persona. Así lo podemos constatar en la Declaración Universal de los Derechos Humanos, en los Pactos Internacionales de Derechos Civiles y Políticos y en el de los Derechos Económicos y Sociales. Situación que se refleja de manera similar en la Declaración Americana y en el Pacto de San José. Hay así derechos humanos básicos para toda persona independiente de su género, raza, lengua, religión. Son derechos universales, derechos iguales. Esta concepción ha sido ampliada del plano de los derechos civiles y políticos a los económicos y sociales, es decir, al del contexto necesario para que se respeten y ejerzan los derechos inherentes a todo ser humano.

La situación de los pueblos indígenas en nuestros países es muy compleja, encontramos que sólo la dimensión de violación a sus derechos individuales podría ocuparnos y preocuparnos. Al realizar un obligado repaso a los indicadores sociales de la pobreza encontramos que su asiento principal estaría localizado en las regiones indígenas. El analfabetismo, la mortalidad infantil, la desnutrición y la morbilidad asociada, la baja esperanza de vida llegan a duplicar sus índices respecto al promedio general. Por otra parte el fenómeno de la discriminación y las condiciones de acceso a la justicia son con mucha frecuencia factores de abierta violación.

Otro aspecto fundamental de los derechos colectivos de los pueblos indígenas es el relativo al ejercicio de formas propias de organización social y política. Estos pueblos tienen normatividad propia, formas internas de control social, sistema de cargos, mecanismos y procedimientos que en conjunto les han permitido mantener con mayor o menor fuerza la vida comunitaria.

Es importante introducir la consideración de que si bien hay pueblos indígenas que subsisten, muchos de ellos han desaparecido ante el despojo de sus territorios. De la misma manera hablamos de que existen formas de organización social propias, sin que ello signifique afirmar que no han sufrido cambios profundos o que no expresan contradicciones en donde en ocasiones no se respetan los derechos humanos fundamentales. Por tanto no estamos sugiriendo que los pueblos indígenas sean un espacio social ideal, romántico, donde todo funciona coherentemente, donde se respetan y aplican los mismos valores comunitarios originales y todos sus miembros los acatan convencidos. Si así fuera, bien podríamos preguntarnos sobre el sentido de reivindicar la necesidad de una propuesta jurídica constitucional que les reconozca derechos colectivos, cuando sobreviven tan bien fuera de la legalidad.

Suele responderse a la demanda por el reconocimiento de derechos a los pueblos indígenas que las Constituciones nacionales contienen un avanzado capítulo sobre garantías fundamentales para todos los individuos, incluidos, por supuesto, los indígenas. Por lo tanto, pedir reconocimiento de derechos diferentes es cuestionar el principio de universalidad, es crear inaceptables regímenes de excepción, derechos especiales, establecer discriminación positiva y, en última instancia, vulnerar uno de los pilares del orden jurídico. Todo ello sería válido si se plantearan derechos para los indígenas en tanto personas. Sin embargo, se está buscando el reconocimiento constitucional a una realidad social que permanece a contrapelo de la pretensión de homogeneidad y de igualdad. Los pueblos indígenas persisten, han practicado y practican formas de organización social y política, y cuentan con culturas diferentes que por lo demás están en nuestras raíces como Nación. Ninguna de las llamadas garantías individuales permite la adaptación a estos derechos colectivos, a estos derechos de pueblo, a este nuevo sujeto jurídico.

Se ha convertido en dogma e incluso en lugar común el señalamiento de que los derechos colectivos nunca estarán por encima de los individuales, esta limitación establece la prevalencia del derecho individual sobre el colectivo lo que en la práctica puede traducirse en otorgar el derecho de veto a cualquier miembro de la comunidad. Los casos de atropello de derechos individuales deberían juzgarse jurisdiccionalmente.

Según la doctrina clásica a cada derecho individual corresponde una acción individual y el titular del derecho es el titular de la acción, en este caso se trata de derechos cuya titularidad es difusa, porque no puede ser individualizada. Por ejemplo, todos los integrantes de un pueblo son sujetos del mismo derecho; todos tienen su disponibilidad y, al mismo tiempo, no pueden contrariarlo porque violarían los derechos de todos los otros miembros del pueblo. Por ello, su violación o desconocimiento acaba por condicionar el ejercicio de los derechos individuales

tradicionales. Por ejemplo, en el caso de la libertad de creencias cuando se impide a los pueblos indígenas el acceso a sus lugares sagrados, se viola el derecho del pueblo y el de los individuos que lo integran.

En el terreno de las consultas y opiniones estatales y de la OIT encontramos:

1. No obstante que Estados Unidos se opone a los derechos colectivos, cuando plantea la contrapropuesta de definición de pueblo por sociedades indígenas, utiliza referentes históricos, reconoce soberanías anteriores al Estado y llega incluso a aceptar un trato con dichas sociedades “de gobierno a gobierno”, o cuando explica la personería jurídica de esos grupos.
2. Se deben reconocer derechos colectivos siempre y cuando no impidan los individuales (Venezuela).
3. Existen derechos colectivos de pueblos indígenas que son específicamente colectivos y que no están relacionados con los derechos individuales, como los derechos a tierras ancestrales, derechos a una cultura común que son (OIT).

Derecho Indígena

Es necesario enfatizar que tratándose del orden jurídico de la pluriculturalidad, estamos frente a un proceso político que expresa al movimiento de los pueblos indígenas y a sus reivindicaciones en materia de reconocimiento de derechos anteriores a la creación misma del Estado. Al mismo tiempo, nos encontramos ante el desafío de cuestionar los principios del orden jurídico excluyente de la diversidad que cada vez más crecientemente demanda de nuevas categorías y conceptos también, dicho sea de paso, demanda de todos, del conjunto de la sociedad una profunda transformación ética e ideológica que nos permita combatir las múltiples caras de la discriminación hacia los pueblos indígenas e incluso de racismo, del cual hemos sido partícipes.

En este proceso, y en el interés de dar cuenta de situaciones que no se han visto reflejadas en el orden jurídico, hemos recurrido a conceptos que en última instancia continúan subordinando al derecho indígena. Es el caso de la utilización de las expresiones “usos y costumbres”, “costumbre jurídica” e incluso “derecho consuetudinario”.

En contraste, el concepto de “pluralismo legal” se ha utilizado con el ánimo de romper con la visión de las expresiones mencionadas y de promover el reconocimiento de sistemas alternativos al del orden jurídico nacional. Incluso, se le ha relacionado con experiencias no indígenas de resolución alternativa de conflictos, como una respuesta a la ineficacia de los sistemas nacionales de administración de justicia. La tesis implícita de esta posición es que ante la crisis del Estado, requerimos menos Estado y

más Sociedad, en lugar de plantear la necesidad de su profunda reforma. Así, de manera mecánica, vemos que se ha puesto atención al sistema normativo de resolución de conflictos en el medio indígena, suponiendo que se trata de una simple jurisdicción, en el sentido que la entiende el derecho tradicional y olvidando que en el medio indígena se resuelven conflictos como uno más de los múltiples factores que integran a una cultura y una identidad y que el indígena que acepta los veredictos de la jurisdicción indígena lo hace por la previa e histórica voluntad de mantenerla.

De esta concepción proviene la confusión entre pluralismo jurídico y jurisdicción indígena, donde pluralismo jurídico significa asumir la diversidad de sistemas de resolución de conflictos y con ello se reducen las potencialidades de un principio que debe permear todas las disposiciones jurídicas del orden nacional que se reconozca pluricultural.

También en este tema se entabla el debate y opinan los estados que:

1. Al otorgarle reconocimiento al derecho indígena, prácticamente autoriza la existencia de un marco jurídico paralelo, lo que se opone a lo establecido en la Constitución (Argentina, arts. 31 y 75).
2. El reconocimiento de las normas consuetudinarias no puede suprimir la aplicación de las normas vigentes en los sistemas jurídicos nacionales (Brasil).
3. El derecho indígena es una legislación especial, que si bien forma parte de la del país no aparece claro el "acceso" de los indígenas a la nacional (Estados Unidos).

Derechos Políticos

Otro de los problemas nodales en la relación de los pueblos indígenas frente al Estado y a las organizaciones políticas partidarias, es la exclusión sistemática de su participación directa en todos los niveles de gobierno. La falta de reconocimiento constitucional a las formas propias de organización social y política ha derivado en la pretensión de imponer un esquema de participación política homogéneo, uniforme y pretendidamente nacional. Los partidos políticos responden a esta concepción y tampoco se han preocupado por atender a la búsqueda de espacios que propicien la inclusión de los pueblos indígenas. En la práctica se han limitado a acudir a los pueblos en épocas electorales. Existe una enorme incompreensión sobre estos temas, prueba de ello es la opinión que sugiere suprimir la afirmación de que "los pueblos indígenas tienen derecho a decidir democráticamente... (derecho al desarrollo) en virtud de que "las evidencias etnográficas demuestran que no siempre las formas de decisión de las sociedades indígenas pueden ser caracterizadas como democráticas" (Brasil).

En la última década han surgido organizaciones indígenas que reivindican el conjunto de los derechos de los pueblos y han jugado un papel importante. Sin embargo, ese liderazgo, llega a la arena política con demandas propias y bajo las reglas del juego que ahí se practican lo que en ocasiones propicia que se olvide el vínculo con el sector que representan. Este elemento es fundamental para la cuestión indígena, mientras no se reconozca a los pueblos indígenas como sujetos de derecho de naturaleza colectiva y en consecuencia, a la comunidad como entidad histórica y de derecho público, la representación de las mismas estará sujeta a la calidad y voluntad de las organizaciones, de sus intermediarios, entre los cuales sin duda hay quienes defienden y practican con gran convicción la relación directa con la comunidad.

Existe una enorme incomprensión sobre estos temas, prueba de ello es la opinión que sugiere suprimir la afirmación de que “los pueblos indígenas tienen derecho a decidir democráticamente... (derecho al desarrollo) en virtud de que “las evidencias etnográficas demuestran que no siempre las formas de decisión de las sociedades indígenas pueden ser caracterizadas como democráticas” (Brasil).

La pluralidad jurídica y la jurisdicción indígena

Para mostrar la complejidad de alcanzar un Estado de derecho incluyente de la pluriculturalidad, asumimos que la ejecución de las nuevas normas debe guardar congruencia con el sentido de las nuevas normas. El problema no se resuelve simplemente con diseñar fórmulas novedosas, que actualmente las hay en las Constituciones de Bolivia y Colombia, por ello, debemos cuestionar conceptos y principios que están en la base de nuestra cultura constitucional dominante. Por ejemplo, el reconocimiento a los pueblos indígenas implica otorgarles un estatus de derecho público como entidades políticas con derechos colectivos diferentes a los que están destinados a ejercerse por los individuos, por lo tanto el principio de generalidad de la ley no puede tener aplicación. Igual sucede con el concepto de soberanía que en el sentido tradicional, clásico, se refiere a la soberanía externa, frente a otros países, y que en el caso de los pueblos indígenas implicaría territorialidad, espacio donde se ejerce el poder político, la libre determinación. El propio caso de las jurisdicciones hasta ahora reconocidas en otros países, no pueden valorarse con la lógica de los principios constitucionales tal y como están porque resultamos dando implicación de derecho privado, de justicia entre particulares, a un asunto que debe ubicarse en el derecho público, en el nuevo derecho constitucional de la pluriculturalidad. La complejidad del problema se allana en parte si empezamos por asumir que los llamados principios jurídicos fundamentales del Estado deben transformarse.

Por lo anterior, es necesario enfatizar que tratándose del orden jurídico de la pluriculturalidad, estamos frente a un proceso político que expresa al movimiento de los pueblos indígenas y a sus reivindicaciones en materia de reconocimiento de derechos anteriores a la creación misma del Estado. Al mismo tiempo, nos encontramos ante el desafío de cuestionar los principios del orden jurídico excluyente de la diversidad que cada vez más crecientemente demanda de nuevas categorías y conceptos, también, dicho sea de paso, demanda de todos, del conjunto de la sociedad una profunda transformación ética e ideológica que nos permita combatir las múltiples caras de la discriminación hacia los pueblos indígenas e incluso de racismo, del cual hemos sido partícipes.

En este proceso, y en el interés de dar cuenta de situaciones que no se han visto reflejadas en el orden jurídico, hemos recurrido a conceptos que en última instancia continúan subordinando al derecho indígena. Es el caso de la utilización de las expresiones “usos y costumbres”, “costumbre jurídica” e incluso “derecho consuetudinario”.

En contraste, el concepto de “pluralismo legal” se ha utilizado con el ánimo de romper con la visión de las expresiones mencionadas y de promover el reconocimiento de sistemas alternativos al del orden jurídico nacional. Incluso, se le ha relacionado con experiencias no indígenas de resolución alternativa de conflictos, como una respuesta a la ineficacia de los sistemas nacionales de administración de justicia. La tesis implícita de esta posición es que ante la crisis del Estado, requerimos menos Estado y más Sociedad, en lugar de plantear la necesidad de su profunda reforma. Así, de manera mecánica, vemos que se ha puesto atención al sistema normativo de resolución de conflictos en el medio indígena, suponiendo que se trata de una simple jurisdicción, en el sentido que la entiende el derecho tradicional y olvidando que en el medio indígena se resuelven conflictos como uno más de los múltiples factores que integran a una cultura y una identidad y que el indígena que acepta los veredictos de la jurisdicción indígena lo hace por la previa e histórica voluntad de mantenerla.

De esta concepción proviene la confusión entre pluralismo jurídico y jurisdicción indígena, donde pluralismo jurídico significa asumir la diversidad de sistemas de resolución de conflictos y con ello se reducen las potencialidades de un principio que debe permear todas las disposiciones jurídicas del orden nacional que se reconozca pluricultural.

Planteadas la distinción básica entre el todo, que es el principio de pluralidad jurídica y una de sus expresiones, en este caso la jurisdicción, presentará, a manera de ejemplos, la situación que guarda el tratamiento jurídico de este tema en Bolivia, Colombia, Ecuador y México, el cual provoca las mayores polémicas porque toca a uno de los pilares del orden jurídico, el de que la jurisdicción y el ejercicio de la acción penal es facultad exclusiva del Estado.

Recuento Colombiano

La nueva Constitución de 1991 introdujo normas en cuanto al reconocimiento de entidades territoriales y de autonomía para los pueblos indígenas, junto a ellas se abrió un nuevo espacio al reconocer una jurisdicción especial en estos términos:

Las autoridades de los pueblos indígenas podrían 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 (art. 246).

A la fecha no existe legislación que establezca las formas de coordinación a que se refiere el precepto mencionado, sin embargo, la Corte Constitucional y destacados magistrados simpatizantes del planteamiento indígena, se han dado a la tarea de aplicar la nueva normatividad a fin de sentar jurisprudencia al respecto. Ilustremos con un caso específico:

Proceso de Tutela T)30116 promovido por Ananías Narváez contra la directiva del cabildo de la Comunidad Indígena de el Tambo Municipio de Coyaima, Depto. de Tolima. 30 de mayo de 1994.

HECHOS:

1. Las autoridades tradicionales acusaron a Ananías Narváez de saqueo de animales, cultivos, frutas, herbicidas y del hurto de un contador para alumbrado. Al llamarle varias veces la atención y no corregirse lo expulsaron. La decisión se tomó en reunión de la comunidad a la que asistió el acusado y decidieron que “no presentará denuncia penal para no perjudicarlo, siga por las buenas con nosotros y si no lo amarramos y lo llevamos a la ley ordinaria”.
2. El Sr. Narváez acudió ante un juzgado de primera instancia donde acusó a la comunidad porque “la decisión de expulsarlo de la comunidad y de confiscarle su parcela sin reconocerle el valor de las mejoras del predio va en contra de la prohibición de destierro y de la confiscación”.
3. En primera instancia se negó la acción por considerar que la decisión de la comunidad fue un acto “democrático” y no jurisdiccional y que las autoridades decidieron en el marco del ejercicio de la libre asociación (se observa que pese a la resolución favorable a la comunidad no se asume que fue ejercicio jurisdiccional basado en el art. 246 de la Constitución). La defensa apeló y en segunda instancia se confirmó la sentencia por lo que pasó a la Corte Constitucional.
4. El objetivo de la Corte fue determinar si la decisión de la comunidad es un acto susceptible de control judicial que haya vulnerado los derechos. Para ello precisó que la comunidad es un ente público y no

privado y por tanto no rige la libertad de asociación. Por otra parte, definió que el procedimiento con el que se tomó la decisión no se transmite a la naturaleza del acto o decisión ni lo excluye por tanto del carácter jurisdiccional. Situación que por lo demás se inscribe en la Constitución (art. 246) y busca alcanzar la conservación de la diversidad en la unidad nacional.

5. La Corte fijó como reglas de interpretación las siguientes:
 - a) A mayor conservación de usos y costumbres, mayor autonomía indígena,
 - b) Los derechos fundamentales son el límite material al principio de diversidad étnica y cultural,
 - c) Las normas legales imperativas de la República, prevalecen sobre las comunitarias y éstas, sobre las normas legales dispositivas.
6. Hay por tanto prohibición explícita de imponer como pena la expulsión o destierro con lo que además se provocó daños a terceros (la familia del expulsado). Argumentó que la sanción provocaría la ruptura con el entorno cultural inserción y la forzosa en un medio cultural diferente en condiciones de inferioridad.
7. Por lo anterior resolvió ordenar a la comunidad acoger de nuevo al expulsado y tomar “otra decisión” con apego a la Constitución y que no afecte a la familia del inculpado. Ordenó vigilar el cumplimiento y en su caso definir una sanción contra la comunidad por incumplimiento de sentencia.

COMENTARIO:

Las sentencias más conocidas de la Corte Constitucional están juzgando a la comunidad en ausencia y prevalecen las valoraciones propias del orden constitucional tradicional. En ninguna de las fases del proceso con sus diversas instancias, la comunidad fue escuchada, su voz fue sustituida por el perito antropólogo que valora el daño cultural para el individuo sancionado y nunca se planteó que el bien jurídico que pretende proteger la comunidad era legítimo en tanto la conducta antisocial del acusado vulneraba intereses fundamentales para su subsistencia. ¿Cuáles son las implicaciones de reconocer la jurisdicción a los pueblos indígenas?, al parecer siguen sujetos a la situación de hecho, es decir la voluntaria aceptación interna de las resoluciones comunitarias. Llama la atención que en el medio colombiano, abogados y antropólogos citan este caso reiteradamente y ninguno conoce el desenlace; ¿cómo reaccionó la comunidad?

¿Son éstas las aspiraciones de los pueblos indígenas? El senador indígena Gabriel Muyuy se preguntaba preocupado “¿no habremos equivocado la metodología, aprobamos unas normas que ahora que vamos a explicarlas

a las comunidades dicen que no quieren eso?"²¹ ¿Qué jurisdicción indígena sobre problemas sustantivos se puede ejercer con la limitante de que no sea contraria a la Constitución y Leyes de la República como señala el artículo 246?

Recuento Boliviano

Siguiendo muy de cerca la influencia colombiana, en 1994, fue reformada la Constitución para establecer entre otros reconocimientos el siguiente:

"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. La ley compatibilizará estas funciones con las atribuciones de los Poderes del Estado" (art. 171 fr.III).

En América Latina ha sido muy limitado el proceso de reglamentación de las nuevas normas constitucionales en esta materia, en Bolivia han elaborado un anteproyecto de nuevo código de procedimiento penal, que incluye disposiciones sobre el tema, criterio que parece correcto para evitar que las normas indígenas se consignent en legislaciones separadas o especiales, fuera de la dinámica del orden jurídico nacional.

1. El anteproyecto señala en sus considerandos:

En concordancia con la reforma constitucional, se reconoce a las comunidades indígenas la voluntaria sujeción a su derecho consuetudinario sin más limitaciones que las establecidas en la Constitución Política del Estado en resguardo de los derechos humanos fundamentales y para los casos en que debe intervenir la justicia penal se han establecido normas que permiten un juzgamiento acorde con la realidad cultural del imputado.

2. En el Título XII: Procedimientos para delitos relacionados con pueblos indígenas se establece la opción de jurisdicción para atenerse a estos procedimientos o bien para que el indígena decida si prefiere el procedimiento común. Asimismo, establece que: para la etapa preparatoria se deberá contar con un consultor técnico especializado y con informes periciales de tipo cultural, la posibilidad de que se definan las modalidades de reparación del daño o las penas alternativas se cumplan con medidas acordes a la cultura, siempre que no atenten contra derechos fundamentales, facultándose al representante legal de las comunidades con ayuda de un perito, para que presenten propuestas.

3. En dicho título XII, Art. 36 se dispone:

21. Gabriel Muyuy, Senador Indígena, opinión expresada en el Seminario Internacional de Expertos sobre el régimen constitucional Indígena. Villa de Leyva, Colombia, julio de 1995.

Comunidades indígenas. También se extinguirá la acción penal cuando se trate de delitos o faltas que afecten bienes jurídicos propios de una comunidad indígena o bienes personales de alguno de sus miembros y tanto el imputado como la víctima o en su caso, sus familiares, acepten el modo como la comunidad ha resuelto el conflicto conforme a su propio derecho consuetudinario.

En estos casos, cualquier miembro de la comunidad indígena podrá solicitar se declare la extinción de la acción penal ante al juez.

El juez convocará a la víctima o a sus familiares, al imputado, al fiscal y a los representantes legales de la comunidad o, cuando ellos no hayan sido nombrados, a seis miembros de la comunidad elegidos por la víctima y el imputado, a una audiencia oral dentro de los tres días de presentada la solicitud, con el fin de verificar si se reúnen los requisitos previstos en este artículo y en la Constitución Política del Estado”.

4. Si las partes llegan a un acuerdo en audiencia conciliatoria, el juez homologará y suspenderá el procedimiento, de no ser así, se sigue el procedimiento común para todos los juicios.
5. En todos los casos el tribunal se integrará por un juez técnico y dos jurados provenientes de la comunidad afectada. Si el conflicto comprende a dos comunidades o etnias se sorteará un jurado por cada una de ellas.

COMENTARIO

Parece insuficiente referir la ratificación a la jurisdicción indígena en unos considerandos en materia penal y hacerlo precisamente ahí y no en las normas legales, cuando el texto constitucional abre a una materia propiamente comunitaria, de cualquier forma son intentos positivos en este complejo proceso de juridicidad.

Recuento Ecuatoriano

En el Ecuador hay un débil marco constitucional en la materia, es eminentemente culturalista, reconocimiento a lenguas y educación, con ciertos avances a nivel de la legislación agraria. No existe normatividad respecto a jurisdicción indígena, así tenemos a la vista una sentencia cuyo origen fue un juicio comunitario en la comunidad de Atandahua, parroquia Guanujo, Cantón Guaranda, Provincia Bolívar. Al presentarse como causa común, el Juzgado Segundo Penal lo tradujo a un simple proceso penal donde la autoridad tradicional fue sentenciada en estos términos:

por andar administrando justicia en nombre de la República, asumió el rol investigador que supera las atribuciones dadas a las comunidades indígenas que lamentablemente tratan de hacerse justicia por sus propios medios y procedimientos, constituyendo con ello un peligro permanente para nuestra sociedad... se considera culpable de asalto por una pandilla encabezada por Segundo Antonio Muyulema de 63 años y se configura el delito de prisión arbitraria en contra de Carmen Eliza Carbajal y se impone 3 años de

reclusión menor que se conmuta por un año de prisión correccional (Exp. 170, 22 de febrero de 1994, Bolívar, Ecuador).

Recuento Mexicano

Hasta la década pasada, la legislación mexicana reflejaba el principio de igualdad jurídica contenido en la Constitución General. De esta manera cuando los indígenas entraban en contacto con las leyes nacionales podía observarse la rotunda contradicción entre sus valores, su cultura y lo que buscaba proteger dicho orden jurídico: si se trata de asuntos de tierras, los pueblos indígenas se han visto sometidos a arbitrarias demarcaciones de sus límites territoriales, a despojos que han provocado la desarticulación de sus estructuras tradicionales. Recordemos que la tierra es el espacio que alberga sus creencias, costumbres y tradiciones, es el sustento de su visión del mundo, es, en síntesis, el asiento fundamental de su cultura.

En los conflictos de orden penal hasta fechas muy recientes se le procesaba en un idioma que no entienden y sobre hechos que en su comunidad suelen tener otra valoración. Actualmente se cuenta con nuevos elementos procesales como la posibilidad del traductor o del peritaje cultural, sin embargo aún no se aplica suficientemente en la práctica judicial.

La aplicación de las nuevas disposiciones penales respecto a la traducción en lengua indígena, al peritaje cultural y a la obligación de considerar usos y costumbres ha presentado una serie de problemas. Destaca en primer lugar la posición de las instancias de autoridad encargadas de procurar y administrar justicia, no se han planteado que así como tienen sus peritos en balística, se deben allegar personal que conozca las lenguas y las culturas indígenas. Por otra parte, ya en la práctica de la defensoría se ha observado que resulta muy difícil para el traductor indígena asumir una actitud de "objetividad e imparcialidad" acerca del contenido del conflicto que se está juzgando, en realidad realiza una traducción de cultura. Los linderos entre la traducción, la interpretación y la defensa no aparecen claros a la vista de un indígena que comparte con el procesado toda una historia de marginación y violencia, ejercida por todo aquello que se llame autoridad externa a sus comunidades. Aquí se hace presente la experiencia común a los indígenas en la resolución de conflictos a partir de la conciliación. Por ello es ilustrativa la reflexión que por escrito hiciera un traductor indígena después de asistir a una audiencia: "Pido al Juez que antes de la hora citada, asegurarlos a ambos si están dispuestos a perdonarse los unos a los otros, porque depende de ellos la solución. Una vez que diga sí, levantar una acta a nombre de los rivales y archivarlos. Si llega a faltar cualquiera de los dos grupos buscar un castigo, presionarlos enseguida hasta que se cumpla, pero conforme a la

ley, solamente así va a respetarse a sus gentes y que los respeten también a ella".²² Como vemos, esta propuesta ya está considerada en el anteproyecto boliviano.

El traductor requiere una amplia capacitación jurídica y con frecuencia se presentan deficiencias en el manejo de la lengua. En muchas ocasiones detrás de las variantes lingüísticas se encuentran niveles serios de desconocimiento.

En el caso del peritaje, no se ha logrado especificar el uso de este medio de prueba para aquellos casos donde los hechos presuntamente constitutivos de delito se han realizado bajo la influencia del factor cultural. Hasta ahora el peritaje se ha minimizado al tomarlo como la prueba o constancia de que un sujeto es indígena o en otros casos se convierte en un largo discurso antropológico sobre lo que históricamente ha sido el pueblo al que pertenece el acusado, sin referencia a los hechos que se están juzgando.

La Ley establece la posibilidad de ofrecer el peritaje práctico por parte de una autoridad tradicional. Esta modalidad no ha sido utilizada, generalmente el procesado ya perdió el vínculo con su comunidad que en ocasiones expulsa a sus miembros mediante su entrega a la autoridad judicial.

Los jueces continúan sentenciando indígenas sin hacer referencia a los usos y costumbres y cuando lo hacen, pueden caer en un folklorismo jurídico al citar "costumbres" fuera de contexto.

A este respecto es necesario señalar que el capítulo del Convenio 169 que aborda el tema, lo hace desde el punto de vista de esta segunda situación, es decir sugiere normas posibles para hacer más efectivo el acceso de los indígenas a la jurisdicción del Estado, señala que deberán tomarse en consideración las costumbres o que deberán preferirse los mecanismos de sanción propios de las comunidades entre otras consideraciones, pero no asume que un Estado de derecho moderno debería incluir a toda implicación la posibilidad de otorgar jurisdicción a los pueblos indígenas desde la base, desde el nivel comunitario.

Este panorama nos muestra la tendencia normativa que establece "derechos" cuyo ejercicio saca a la comunidad de su dinámica, les impone una visión jurídica que les es ajena y, sobre todo, le obliga a utilizar servicios especializados de intermediarios profesionales con los que en general no cuenta. Para concluir este recuento se anota que la adición al artículo cuarto constitucional, posterior a las reformas penales y a la ratificación del Convenio 169, no aporta nuevos elementos fuera de

22. Declaración de Rafael Flores Mejía, traductor indígena triqui, radicado en el Distrito Federal.

sugerir que la ley garantice el efectivo acceso de los pueblos indígenas a la jurisdicción del Estado y que en los juicios y procedimientos agrarios se “tomarán en cuenta” sus prácticas y costumbres jurídicas.

Perspectiva

El gran reto es asumir que debemos cuestionar conceptos y principios que están en la base de nuestra cultura constitucional dominante. ¿Cómo reconocer la libre determinación para unos sujetos colectivos llamados pueblos indígenas cuyos miembros son ciudadanos como todos y además reconocerles derechos colectivos relacionados con su identidad?, y ¿las modalidades de participación política y de elección propias de los pueblos indígenas, si no es a partir de la pluralidad jurídica que deviene de la cultural?, ¿cómo plantear que la educación debe ser intercultural, si no se transforma la concepción monocultural que prevalece en el artículo tercero constitucional?, ¿y el reconocimiento a las prácticas de medicina tradicional?, ¿no es el pluralismo jurídico un principio que debería reflejarse en las nuevas normas constitucionales y legales?, ¿vamos a considerar que los sistemas normativas de resolución de conflictos que se practican en los pueblos indígenas son parte del todo que comprende modalidades de autogobierno, normas propias y modificación de las mismas, prácticas y concepciones distintas en el ejercicio de la medicina, el desarrollo sustentable, en la cosmovisión, la organización social y política entre otras?, o ¿pretendemos reducirlos a las tareas de conciliación cotidiana sobre el robo de la gallina?

El reconocimiento a los pueblos indígenas implica otorgarles un estatus de derecho público como entidades políticas con derechos colectivos diferentes a los que están destinados a ejercerse por los individuos, por lo tanto el principio de generalidad de la ley no puede tener aplicación. Igual sucede con el concepto de soberanía que en el sentido tradicional, clásico, se refiere a la soberanía externa, frente a otros países, y que en el caso de los pueblos indígenas implicaría territorialidad, espacio donde se ejerce el poder político, la libre determinación. El propio caso de las jurisdicciones hasta ahora reconocidas en otros países, no pueden valorarse con la lógica de los principios constitucionales tal y como están porque resultamos dando implicación de derecho privado, de justicia entre particulares, a un asunto que debe ubicarse en el derecho público, en el nuevo derecho constitucional de la pluriculturalidad. La complejidad del problema se allana en parte si empezamos por asumir que los llamados principios jurídicos fundamentales del Estado deben transformarse.

Su reconocimiento y regulación en apego al principio de pluralismo jurídico debería reflejarse en la Constitución General en primer lugar y las diversas legislaciones específicas, federales, estatales y municipales.

ofrecerían garantías y posibilidades de ejercicio, flexibles y abiertas, que permitieran su adaptación a las características de dichos pueblos en las entidades federativas donde están asentados, y que propicien su creciente participación política en los diversos niveles y ámbitos de gobierno. No existen por tanto soluciones uniformes; pretenderlo sería una primera violación a la pluriculturalidad.

¿Cuál es el horizonte de la pluriculturalidad cuando se está planteando “armonizar” las nuevas normas no sólo con las Cartas fundamentales sino con sus reglamentaciones? La armonización debería ser tarea de legislación secundaria, a las Constituciones Nacionales les corresponde reformarse para dar entrada a la diversidad cultural que no han logrado someter a la camisa de fuerza de la homogeneidad y al estereotipo de que el individuo y no los pueblos es la unidad fundamental del sujeto de derecho.

Habría que ver, en este contexto, las reacciones de los Estados miembros de la OEA. En su Asamblea de 1997 se acordó que “el Comité Jurídico Interamericano y el Instituto Indigenista Interamericano, teniendo en cuenta las observaciones y recomendaciones que presenten los gobiernos de los estados miembros, se sirvan transmitir al Consejo Permanente sus comentarios al proyecto ya citado”.²³ A la fecha países como Argentina, Brasil, Canadá, Colombia, Estados Unidos, México y el propio Instituto Indigenista Interamericano las han presentado. Por el perfil de las mismas, es de prever, y de temer, que seguirán la estrategia mexicana contra los Acuerdos de San Andrés: donde a nombre del derecho y el orden jurídico se niegue, distorsione o trivialice el Derecho a los Pueblos Indígenas de América Latina.

23. (CP/doc. 2878/97 corr.1). OEA/Ser.PAG/doc.348/97, 23 de mayo 1997. Original: español.

**LOS DERECHOS INDÍGENAS EN EL SISTEMA INTERNACIONAL:
UN SUJETO EN CONSTRUCCIÓN**
Rodolfo STAVENTIAGEN

EL DERECHO A LA PARTICIPACIÓN POLÍTICA DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS
Carlos M. AYALA CORAO

**COMENTARIOS SOBRE LA PRÁCTICA DE LOS
ÓRGANOS DEL SISTEMA INTERAMERICANO DE
PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS**

**LOS PUEBLOS INDÍGENAS: JURISPRUDENCIA DEL SISTEMA
INTERAMERICANO DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS**
Artel DULITZKY

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

ACTIVIDADES JULIO-DICIEMBRE 1997

**COMISIÓN INTERAMERICANA DE
DERECHOS HUMANOS**

ACTIVIDADES JULIO-DICIEMBRE 1997

NACIONES UNIDAS

**PRÁCTICA AMERICANA DE LAS NACIONES UNIDAS EN MATERIA
DE DERECHOS HUMANOS (1997-I)**