

HACIA UN ORDEN JURÍDICO DE LA DIVERSIDAD

Jorge DANDLER

SUMARIO: I. *El agotamiento del “integracionismo”*. II. *Cambios de concepción en el derecho internacional*. III. *Cambios en la normatividad y relación con los pueblos indígenas a nivel de los estados*. IV. *Cuáles son las principales demandas indígenas*. V. *El Convenio número 169 de la OIT*.

En el escenario de fin de este siglo y milenio, las sociedades nacionales han entrado en una etapa de profundas e importantes transformaciones vinculadas con las nuevas condiciones del orden internacional. Existen tendencias globales emergentes que afectan cada vez más y de manera directa la vida política, económica, cultural y social de los pueblos indígenas. El destino de los pueblos indígenas de América Latina no escapa a las circunstancias que enfrentan las sociedades nacionales ni a las respuestas que éstas den a sus necesidades de desarrollo, justicia y democracia.

Cada vez más en América Latina existe el convencimiento que el afianzamiento de una democracia plena necesariamente transita por un camino conducente a reconocer plenamente los derechos de los pueblos indígenas y su diversidad cultural.

I. EL AGOTAMIENTO DEL “INTEGRACIONISMO”

Hay un conjunto de problemas en la normatividad y en la práctica jurídico-política, tanto a nivel internacional como a nivel de los Estados latinoamericanos, que histórica y contemporáneamente obstaculizan el reconocimiento de los derechos más fundamentales de los pueblos indígenas:

1. Las disposiciones constitucionales en toda América Latina garantizan formalmente la no discriminación por motivo de raza, nacionalidad, religión o sexo. Asimismo, se adscriben a garantizar el respeto absoluto de los derechos humanos individuales. Sin embargo, los derechos humanos de los indígenas y sus comunidades, de hecho, son violados al no estar plenamente incorporados los principios básicos de reconocimiento de la existencia y perdurabilidad de los pueblos indígenas.

2. La vulnerabilidad jurídica de los indígenas como individuos y como pueblos está estrechamente relacionada a deficiencias en la gran mayoría de las legislaciones nacionales existentes. Diversos autores han señalado que no es suficiente proclamar y proteger los derechos individuales de tipo universal. La negación de los *derechos colectivos* de los pueblos indígenas ha generado, en muchas ocasiones y diversos contextos, la violación masiva de los derechos individuales fundamentales de los miembros de estos pueblos.

3. La premisa que ha guiado históricamente la construcción del Estado-Nación en América Latina ha sido la “integración” de los pueblos indígenas, tomada como una necesidad de que estos pueblos, en la medida que se beneficiaban del desarrollo y de la modernidad, dejaban de ser indígenas. La visión dominante ha sido crear a largo plazo una sociedad nacional “integrada” y homogénea culturalmente, *sin indígenas*.

4. Los programas de desarrollo, incluyendo los proyectos indigenistas, a pesar de los grandes esfuerzos por tener en cuenta las particularidades étnicas que se manifiestan en cada país, no han podido vencer los obstáculos jurídicos y procedimientos estatales de “integración” que en la práctica tienden a desconocer el carácter fundamental de los derechos de los pueblos indígenas.

5. La ideología benevolente y paternalista consagrada en muchas constituciones y legislaciones nacionales, en la práctica, se manifestó en un complicado sistema de tutelaje que negaba a los indígenas un verdadero protagonismo como ciudadanos con derechos plenos.

La inoperancia de esta orientación global ha sido cada vez más fuertemente cuestionada durante las últimas dos décadas y, en los últimos años, se pueden observar algunas importantes tendencias hacia un cambio en la normatividad y en la relación entre los Estados y los pueblos indígenas.

II. CAMBIOS DE CONCEPCIÓN EN EL DERECHO INTERNACIONAL

En la medida que han tomado cuerpo la Declaración Universal de los Derechos Humanos y otros instrumentos internacionales en este campo, se ha resaltado cada vez más la importancia de los derechos humanos *colectivos*, y dentro de este contexto, hay una evolución en la discusión y adopción de nuevos principios respecto a los derechos fundamentales de los pueblos indígenas. Se pueden citar tres ejemplos:

1. A partir de 1982, por decisión del Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas y de la Comisión de Derechos Humanos, comenzó a reunirse anualmente el Grupo de Trabajo sobre Poblaciones Indígenas de la Subcomisión de Prevención de Discriminaciones y de Protección a las Minorías. Este Grupo de Trabajo se ha constituido en un importante foro internacional donde asisten representantes de las organizaciones indígenas, de los gobiernos, de los organismos especializados de las Naciones Unidas, de las organizaciones intergubernamentales y organizaciones no gubernamentales reconocidas como entidades consultivas, para examinar los acontecimientos relativos a la promoción y protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales de las poblaciones indígenas. Una de las tareas principales que actualmente elabora el Grupo de Trabajo es un borrador de Declaración Universal de los Derechos de los Pueblos Indígenas, a ser considerado por la Asamblea General de las Naciones Unidas.

2. Debido a un creciente consenso a nivel internacional sobre las limitaciones del Convenio número 107 (1957) y la necesidad de elaborar un nuevo instrumento internacional que respondiera más adecuadamente a las necesidades y demandas actuales de los pueblos indígenas y tribales del mundo, la Organización Internacional del Trabajo procedió en 1988 y 1989 a efectuar las consultas y discusiones, con miras a adoptar un nuevo Convenio. El Convenio número 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes fue adoptado en junio de 1989. Hasta la fecha, este Convenio fue ratificado por Noruega (1990), México (1990), Colombia (1991), Bolivia (1991) y Costa Rica (1992). El Congreso de la República Argentina se adhirió en 1992, promulgándolo como ley nacional, pero aún no se ha realizado su registro de ratificación ante la OIT. Además, se encuentra en los Congresos Legislativos de Brasil, Chile, Ecuador y Guatemala, y otros Estados miembros han expresado su interés en ratificarlo. El Convenio entró en vigor en septiembre de 1991. A partir de esta fecha, el Convenio 107

seguirá vigente sólo para los Estados miembros que, habiéndolo ratificado, no ratifiquen el nuevo Convenio.

3. En noviembre 1989, la Asamblea General de la Organización de los Estados Americanos (OEA) encomendó a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) y al Instituto Indigenista Interamericano (III) preparar un instrumento jurídico interamericano relativo a los derechos de las poblaciones indígenas, para ser adoptado en 1992. Si bien aún no se cuenta con una definición clara respecto al tipo de instrumento interamericano que se aprobaría (declaración, carta u resolución), es un hecho significativo que los Estados miembros resolvieron, en principio, sobre la necesidad de desarrollar un instrumento específico que reconozca más claramente los derechos de los pueblos indígenas del Hemisferio Americano.

III. CAMBIOS EN LA NORMATIVIDAD Y RELACIÓN CON LOS PUEBLOS INDÍGENAS A NIVEL DE LOS ESTADOS

En diversos países, durante los últimos años se evidencian iniciativas desde el Estado tendentes a replantear la relación entre éste y los pueblos indígenas.

En cuanto a cambios constitucionales, resaltan, por ejemplo, las disposiciones adoptadas en la Constitución de Nicaragua en 1986 y en el Estatuto de Autonomía de las Regiones de la Costa Atlántica. En el Brasil, se adoptó un capítulo especial en la nueva Constitución (1988), en el cual se lograron significativos avances. En este contexto, también resaltan las disposiciones en materia de derechos indígenas que contienen las nuevas Constituciones de Colombia (1991) y de Paraguay (1992). En las deliberaciones de la Asamblea Constituyente de Colombia, participaron tres delegados indígenas (incluyendo la representación de la agrupación indígena Quintín Laimé, que depuso sus armas). En el caso de la Asamblea Constituyente del Paraguay, es significativo que participaron cuatro representantes indígenas (con voz, sin voto), lo cual permitió que las organizaciones indígenas pudieran presentar directamente sus propuestas. Finalmente, vale la pena también destacar que el Congreso de México adoptó una enmienda al artículo 4o. de la Constitución Federal, que reconoce el carácter pluriétnico de la sociedad mexicana y otros derechos de los pueblos indígenas. Habiéndose ratificado el Convenio número 169 en Colombia y México, el contenido de este Convenio fue un importante precedente que contribuyó a la adopción

de las disposiciones constitucionales en ambos países. Asimismo, el Convenio sirvió como un marco de referencia fundamental durante las deliberaciones de la Asamblea Constituyente del Paraguay. En el caso del Perú, el Congreso constituyente recientemente adoptó un artículo, que si bien es tenue, tiende a reconocer más explícitamente los derechos culturales de las comunidades nativas y comunidades campesinas de ese país. Como está aún por terminarse el proceso de reformas constitucionales, es de esperar que se adopten con mayor precisión otras disposiciones complementarias.

Asimismo, en varios países se están considerando un conjunto de leyes orgánicas nacionales en materia de derechos indígenas, como por ejemplo, en Bolivia, Chile, Honduras y Venezuela. Vale la pena destacar especialmente, en este contexto, las importantes iniciativas que ha tomado el gobierno de Chile, con el objetivo de reconocer la existencia y el carácter perdurable de los pueblos indígenas, como parte del amplio proceso de afirmación de la sociedad civil. Por otra parte, en Guatemala, en el contexto de las negociaciones de paz entre el gobierno y la oposición armada, el tema indígena es parte de la agenda; sin duda, al recibir Rigoberta Menchú el Premio Nobel de la Paz (1992), ha cobrado aún mayor importancia la vigencia de los planteamientos indígenas para afianzar sus derechos, pese a que la Constitución de Guatemala (1985) contiene diversas disposiciones que no han sido efectivamente aplicadas.

Hay algunos avances significativos que se pueden citar. Por ejemplo, a nivel de los Estados miembros del Tratado de Cooperación Amazónica, los Cancilleres, durante su III Reunión (Quito, marzo 1989), constituyeron una Comisión Especial de Asuntos Indígenas de la Amazonía, reconociendo el derecho de las organizaciones indígenas amazónicas a participar conjuntamente con los gobiernos en la formulación y ejecución de programas de desarrollo. En su II Reunión, donde también asistieron delegados de organizaciones indígenas amazónicas (la Coordinadora de Organizaciones Indígenas de la Cuenca Amazónica y organizaciones nacionales), la Comisión aprobó un conjunto de proyectos, dando prioridad a programas de apoyo a los indígenas en el manejo, protección y consolidación de los procesos de reconocimiento de áreas a las comunidades indígenas.

Es significativo también que, en materia de tierras y áreas, el gobierno de Colombia ha concedido durante los últimos cuatro años alrededor de 18 millones de hectáreas a los pueblos indígenas en la región amazónica de ese país. Asimismo, el gobierno de Bolivia, como resultado de un proceso de negociaciones iniciadas en 1987 y de una importante movilización de indíge-

nas del Beni, procedió a conferir en 1990 una dotación de alrededor de 2 millones de hectáreas en varias áreas de bosques y llanos tropicales, como parte de un programa más amplio que ha iniciado en favor de los pueblos indígenas del Oriente. En el caso del Ecuador, también hay importantes avances en la demarcación de áreas de bosque tropical y subtropical, dentro de un proceso que se inició en la década de los ochenta, y que ha implicado negociaciones con las organizaciones indígenas regionales más que reformas legislativas. La concesión de una área yanomami en Venezuela así como en Brasil también son avances significativos. De acuerdo con la Constitución del Brasil, las áreas indígenas deberán ser demarcadas definitivamente hasta fines de 1993; pese a las dificultades, es un compromiso constitucional que se espera que logre plasmarse para contribuir a resolver la gran vulnerabilidad que enfrentan los diversos pueblos indígenas de ese país.

También vale la pena destacar la reciente creación del Fondo de Desarrollo para los Pueblos Indígenas de América Latina y el Caribe (fondo Regional Indígena) durante la II Cumbre Iberoamericana de presidentes y jefes de Estado (Madrid, julio, 1992). Los países miembros, con base en una propuesta presentada por el presidente de Bolivia, licenciado Jaime Paz Zamora, inicialmente en la I Cumbre Iberoamericana (Guadalajara, julio, 1991), posteriormente aprobaron el Convenio Constitutivo del Fondo, por medio del cual: (a) se crea un mecanismo regional autónomo y específico para el apoyo financiero y técnico a los pueblos indígenas de los Estados miembros y (b) se dispone la participación paritaria de delegados gubernamentales y de representantes de los pueblos indígenas de cada uno de los Estados miembros, en los máximos órganos decisorios del Fondo (asamblea y Comité Ejecutivo). En este contexto, el Convenio número 169, que figura en el Preámbulo del Convenio Constitutivo del Fondo, sirvió como un importante marco jurídico, especialmente en cuanto se adoptó el término "pueblos indígenas" y se logró plasmar el concepto de participación en la formulación, ejecución y seguimiento de proyectos y programas de desarrollo que los afectan directamente. Con una Secretaría Técnica que funcionará en La Paz, se espera que el Fondo Regional Indígena pueda contar con los recursos financieros necesarios para impulsar el apoyo financiero a las iniciativas de los pueblos indígenas. Asimismo, se espera que los países de América Latina ratifiquen el mencionado Convenio Constitutivo, habiéndolo hecho hasta la fecha Bolivia, Perú y México.

Estos diversos procesos, tanto a nivel internacional como a nivel de los mismos Estados, se encuentran estrechamente relacionados al crecimiento y consolidación de organizaciones indígenas que han formulado diversas demandas y programas concretos con miras a construir un futuro diferente para sus propios pueblos y las sociedades nacionales en los cuales están insertos. La organización y movilización indígena ha ocurrido en un contexto general de afianzamiento de la democracia y de la sociedad civil, donde quizá en la forma más clara y contundente, las organizaciones indígenas y sus líderes han formulado sus propias demandas de cambio cualitativo en la relación de éstos con el Estado.

En los procesos observados, tanto a nivel nacional como internacional, se destaca la interacción de tres factores: (1) lo normativo, (2) la voluntad política y (3) el grado de organización de los pueblos indígenas. Estos factores se combinan de diversas maneras, en cada caso, dependiendo del peso relativo de cada uno de éstos y la dinámica concreta. Por ejemplo, puede ser que en una cierta situación exista un relativo avance en la legislación; sin embargo, que esto no manifieste una voluntad política de negociación y respuesta a las demandas que exigen las organizaciones indígenas. En otro contexto, puede existir una carencia de disposiciones normativas, pero notarse una firme voluntad política de negociación frente a los reclamos de la organización o movilización indígena. En este caso, un gobierno toma la decisión de conceder tierras y áreas a diversos pueblos indígenas por la vía administrativa.

En el conjunto de los países del continente, quizás el déficit mayor en el actual momento está en desarrollar una adecuada normatividad que facilite la creación de espacios de negociación y avance efectivo para satisfacer los reclamos de los pueblos indígenas para compartir un desarrollo en democracia.

IV. CUÁLES SON LAS PRINCIPALES DEMANDAS INDÍGENAS

A continuación, resaltamos algunas de las principales demandas que los indígenas y sus organizaciones plantean en los diversos foros internacionales y nacionales de los últimos años:

1. El derecho a ser reconocidos como pueblos permanentes y perdurables, con identidad propia y con derechos que se derivan de su presencia histórica y contemporánea;

2. El derecho a determinar las prioridades de su propio desarrollo, incluyendo su plena participación en la formulación, administración y seguimiento de programas y proyectos de desarrollo. Asimismo, el derecho a contribuir con sus propios planteamientos en las políticas de desarrollo a nivel nacional.

3. El reconocimiento a la relación especial que tienen los pueblos indígenas con sus tierras y territorios para su existencia social, espiritual, cultural, económica y política, especialmente tomando en cuenta los aspectos colectivos de esta relación. El derecho de propiedad y posesión de las tierras tradicionalmente ocupadas, así como el derecho al acceso, uso y administración de los recursos naturales en sus territorios.

4. El derecho a desarrollar sus propios programas de consolidación cultural y aportar al enriquecimiento de la cultura nacional.

5. El derecho a ejercer y consolidar sistemas de autogobierno y administración local, así como el acceso efectivo a las diversas formas de representación política a las cuales tienen acceso los otros ciudadanos del país.

6. El reconocimiento de la existencia del derecho consuetudinario y, por consiguiente, de la incorporación de medidas efectivas de administración de la justicia que aseguren un pluralismo legal necesario para garantizar los derechos humanos de los indígenas como individuos y colectividades.

V. EL CONVENIO NÚMERO 169 DE LA OIT

Al adoptarse el Convenio número 169 en 1989, se concluyeron tres años de intensas discusiones y consultas a nivel nacional e internacional. Un considerable número de representantes de organizaciones de pueblos indígenas y tribales del mundo y de otras organizaciones no gubernamentales participaron en estas discusiones, además de los usuales participantes de la Organización Internacional del Trabajo que representan a los gobiernos y organizaciones nacionales de empleadores y de trabajadores. El nuevo Convenio fue adoptado por la plenaria de la Conferencia Internacional del Trabajo en 1989 por 328 votos en favor, 49 abstenciones y 1 en contra, lo cual refleja un alto grado de consenso alcanzado a nivel internacional.

Los conceptos básicos del Convenio son *respeto y participación*. Respeto a la cultura, la religión, la organización social y económica y la identidad propia. La premisa de la existencia *perdurable* de los pueblos indígenas y tribales (el Convenio número 107 asumía implícitamente su “transitorie-

dad”), y disposiciones que garanticen su existencia y mejoramiento en sus condiciones de vida.

El Convenio dispone que la *conciencia de su identidad* indígena deberá ser considerada como criterio fundamental para determinar los grupos al cual es aplicable este instrumento. Es decir, ningún Estado o grupo social tiene el derecho de negar la identidad que pueda afirmar un pueblo indígena. La utilización del término “pueblos” en el nuevo Convenio responde a la idea de que no son “poblaciones” estadísticas sino pueblos con identidad y organización social propia.

En cuanto a la *participación* se establece que los gobiernos deberán asumir, con la participación de los pueblos indígenas, la responsabilidad de desarrollar acciones para proteger los derechos de estos pueblos y garantizar el respeto a su integridad. Al aplicar el Convenio, los gobiernos deberán consultar a los pueblos interesados cada vez que prevean medidas susceptibles de afectarles directamente y establecer los medios a través de los cuales puedan participar libremente en la adopción de decisiones. Asimismo, se reitera que los pueblos indígenas deberán tener el derecho a decidir sus propias prioridades en lo que atañe al proceso de desarrollo, en la medida en que éste afecta sus vidas, creencias, instituciones y bienestar espiritual y a las tierras o territorios que ocupan o utilizan de alguna manera, y de controlar, en la medida de lo posible, su propio desarrollo económico, social y cultural. Además, dichos pueblos deberán participar efectivamente en la formulación, ejecución y evaluación de los planes y programas de desarrollo nacional y regional susceptibles de afectarles directamente.

El Convenio refuerza las disposiciones que contenía el Convenio número 107 en relación con la necesidad de que la legislación nacional y los tribunales tomen debidamente en consideración las costumbres o el derecho consuetudinario de los pueblos indígenas.

Sin duda, un aspecto especialmente importante del nuevo Convenio es el capítulo sobre *tierras*. Reconoce la relación especial que tienen los indígenas con las tierras y territorios que ocupan o utilizan de alguna otra manera y, en particular, los aspectos colectivos de esa relación. El concepto de *territorio*, que ya incluido en el Convenio número 107, se desarrolla con mayor precisión en el nuevo Convenio; es entendido como el habitat o el entorno y los recursos naturales, considerando que los indígenas tienen un especial interés en la conservación de los recursos naturales y del medio ambiente como condición básica para su sobrevivencia.

El Convenio incluye aspectos como la contratación y condiciones de empleo, formación profesional, promoción de artesanías e industrias rurales, seguridad social, salud y educación. Especialmente en el caso de programas de salud y de educación (en su lengua materna), se dispone que los pueblos indígenas deberán poder administrarlos, dotándose de facilidades especialmente para la formación técnica de los mismos miembros de estos pueblos, para asumir la administración de dichos programas.

Hay un artículo (artículo 32) que es novedoso y crucial para los pueblos indígenas que se encuentran en áreas fronterizas, considerando que frecuentemente han enfrentado situaciones de conflictos fronterizos entre países que han contribuido a su vulnerabilidad y dispersión. Se dispone que los gobiernos deberán tomar medidas apropiadas, incluso por medio de acuerdos internacionales, para facilitar los contactos y la cooperación entre pueblos indígenas a través de las fronteras, incluidas las actividades en las esferas económica, social, cultural, espiritual y del medio ambiente.

También prevé la necesidad de que los Estados, al ratificar el Convenio, se comprometen a asegurarse de que existan instituciones u otros mecanismos apropiados para administrar los programas que afecten a los pueblos indígenas, y de que tales instituciones o mecanismos dispongan de los medios necesarios para el cabal desempeño de sus funciones. Esto también implica que se refuercen los mecanismos de participación, consulta, ejecución y seguimiento por parte de los propios pueblos indígenas y sus organizaciones representativas. Asimismo, el Convenio dispone que los gobiernos deberán consultar a los pueblos indígenas, mediante procedimientos apropiados y en particular a través de sus instituciones representativas, cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente.

El Convenio representa hoy el instrumento internacional más actualizado sobre los derechos de los pueblos indígenas y tribales. Como tal, se constituye en un horizonte común de una nueva normatividad mínima, universalmente reconocida, que incorpora muchas de las demandas de estos pueblos y convierte a éstas en *derechos*. Su amplia ratificación como tratado internacional implicaría un compromiso de los Estados de adecuar sus legislaciones internas y desarrollar otras acciones pertinentes de acuerdo a las disposiciones contenidas en este nuevo instrumento.