

II. VINCULACIONES TEMÁTICAS DEL CONVENIO 169

El texto del Convenio revisor 169 adoptado por la Conferencia del 27 de junio de 1989, fue el resultado de largas y difíciles discusiones y consultas, y lo importante fue que se contó con la participación de diversas delegaciones de organizaciones indígenas no gubernamentales interesadas, en calidad de observadores, con derecho a presentar sus observaciones, dada la organización de la OIT.

Aún vigente en algunos países, el Convenio 107,⁷ de corte integracionista y revisado por el actual (169), que⁸ marca el

7 “El Convenio 107 sobre Poblaciones Indígenas y Tribales, adoptado por la Conferencia Internacional del Trabajo en 1957, fue el primer instrumento jurídico internacional concebido específicamente para salvaguardar de manera global los derechos de dichas poblaciones. Fue ratificado por 27 Estados miembros, entre ellos 14 de América Latina. Especialmente durante las primeras dos décadas, el Convenio 107 contribuyó a la adecuación de legislaciones nacionales y al desarrollo de políticas en favor de los pueblos indígenas y tribales. En 1989, la Conferencia concluyó tres años de discusiones encaminadas a la adopción del nuevo convenio”. *Informe de la Oficina Regional de OIT para América Latina y el Caribe*, Perú, 1989.

8 Boutros Boutros-Ghali, ex secretario general de las Naciones Unidas, recordó en la Asamblea cuando se declaró a 1993 Año Internacional de los Indígenas del Mundo: “La OIT ha defendido, desde su creación en 1919, los derechos económicos y sociales de los grupos a los que sus costumbres, tradiciones, instituciones y lenguas sitúan aparte de los demás sectores de la comunidad nacional. En 1953, la OIT publicó un estudio sobre la población indígena. En 1957, aprobó las primeras disposiciones legales internacionales creadas específicamente para proteger los derechos de los pueblos cuya forma de vida y existencia estaban amenazadas por las culturas dominantes.

Mi compromiso y mi participación en estos asuntos datan de aquella época. Formé parte del Comité de especialistas de la Convención de la OIT en 1957 y fui ponente de la misma. En 1970 llegó un momento crucial, cuando la Subcomisión para la Prevención de la Discriminación y para la Protección de

inicio de la aceptación de las propuestas del etnodesarrollo, encontramos una vinculación con los siguientes aspectos:

a) Con la cuestión agraria: sabemos que su análisis debe ser abordado desde un punto de vista económico con los instrumentos de análisis propios de esa disciplina y que deben ser tratados también desde el punto de vista geográfico, ecológico, sociológico, político, histórico, agronómico y jurídico, y en cada ocasión con los instrumentos de conocimiento y las técnicas propias de estas disciplinas. Así, como afirma Michel Gutelman, "Los problemas agrarios constituyen, pues, un lugar geométrico al que se le aplican, en un estudio de disección, métodos e instrumentos pertenecientes a ciencias y disciplinas extremadamente diversas".⁹

Bien sabemos que el Convenio regula una serie de disposiciones relativas a la tierra, pero sobre todo los recursos del subsuelo; así como el respeto al derecho, costumbres indígenas y a la educación, que constituyen elementos primordiales de esa nueva política del reconocimiento de la identidad indígena (sobre el particular tratan los artículos 15, 27 y 28 respectivamente).

En lo que concierne a las disposiciones sobre tierras (artículos 13-19), el texto del Convenio incluye la expresión "tierras o territorios"; reconoce a los pueblos interesados el derecho de propiedad y de posesión sobre las tierras tradicionalmente ocupadas, así como sobre las que no estén exclusivamente habitadas por ellos.

En el artículo 13 se establece que, al aplicar las disposiciones del Convenio, los gobiernos deberán respetar la importancia especial que para las culturas y valores espirituales de los

las Minorías recomendó que se llevara a cabo un estudio minucioso sobre la discriminación de los pueblos indígenas. El estudio aportó información, explicaciones y recomendaciones para la actuación de las Naciones Unidas. El trabajo de Martínez Cobo, ponente especial, puso en marcha a los organismos de las Naciones Unidas. La OIT hizo otra intervención no paternalista en 1989".

⁹ Gutelman, Michael, *Structures et Reformes Agraires*, París, Petit Collection, Maspero, 1978, pp. 15 y ss.

pueblos interesados reviste su relación con la tierra y los territorios, o con ambos cuando sea aplicable, que ocupen o utilicen de alguna manera, y en particular, los aspectos colectivos de esa relación. En el artículo 15 (párrafo 1) se prevé que los derechos de los pueblos indígenas y tribales a los recursos naturales existentes en sus tierras deberán protegerse especialmente. Esos derechos comprenden el derecho de esos pueblos a participar en la utilización, administración y conservación de dichos recursos.

En caso de que pertenezcan al Estado la propiedad de los minerales o de los recursos del subsuelo, o tengan derecho sobre otros recursos existentes en la tierra, los gobiernos deberán establecer o mantener procedimientos con miras a consultar a los pueblos interesados, antes de emprender cualquier programa de prospección o explotación de los recursos existentes en sus tierras con el fin de determinar si los intereses de esos pueblos serían perjudicados, y en qué medida lo serían. Sostiene también que los pueblos interesados deberán participar, siempre que sea posible, en los beneficios que reporten tales actividades, y percibir una indemnización equitativa por cualquier daño que puedan sufrir como resultado de esas actividades.

Respecto del traslado de los pueblos indígenas (artículo 16), éste sólo se puede realizar excepcionalmente, y deberá efectuarse con su consentimiento dado libremente y con pleno conocimiento de causa. Cabe señalar que la problemática aludida ha sido crítica para los pueblos indios al extremo que ha dado lugar al desarrollo de un campo especializado en las ciencias sociales, que se denomina “antropología de las presas”.¹⁰

10 Véase Barabas, Alicia y Miguel Bartolomé, “Hydraulic Development and Ethnocide: The Mazatec and Chinantec People of Oaxaca, México”, *IWGIA Document*, Copenhague, núm. 15, 1973. “Antropología y relocalizaciones”, *Anuario del Colegio de Etnólogos y Antropólogos Sociales*, México, 1992. La presa “Cerro de Oro” y el ingenio “El Gran Dios”. *Relocalizaciones y etnocidio chinanteco en México*, Consejo Nacional para la Cultura y las Artes, Instituto Nacional Indigenista, 1990; Barabas, Alicia, “Normatividades jurídicas en torno a las relocalizaciones de población indígena”, *Derechos indígenas en la actualidad*, México, UNAM, III, 1994. Hay estudios sobre el fenómeno en varios países de América Latina.

El Convenio 107 en materia agraria y derechos propiamente étnicos, tenía la impronta de la época en que fue adoptado y que en el decurso de los años, las concepciones antropológicas y de derechos humanos hicieron evidente lo obsoleto de su filosofía integracionista y pusieron de manifiesto la necesidad de reconocer los valores que los pueblos indígenas y tribales poseían, y respetar la diversidad de los componentes de los Estados modernos. El Convenio 169 como revisor marca una diferencia con la visión integracionista del Convenio 107.

b) Se vincula, también, con el derecho del trabajo que contemporáneamente ha recurrido a dos palancas instrumentales, al decir de los especialistas, que han asegurado el reconocimiento de los derechos humanos: la incorporación a la norma constitucional y a la protección internacional.¹¹ También, en ese sentido apuntan las exigencias de los derechos de los pueblos indios (tenemos las experiencias de México, Guatemala, Nicaragua, Brasil, Paraguay y Colombia entre otras). Siendo seguramente las más significativas las de Nicaragua y Colombia. Para el caso de México, las últimas experiencias en la Constitución del Estado de Chihuahua son novedosas.¹²

En el Convenio 169 aparecen disposiciones relativas a la contratación y condiciones de empleo, a la formación profesional, a las artesanías e industrias rurales, a la seguridad social y sanidad, así como a la administración de las medidas contempladas en el nuevo convenio. Se adoptó un nuevo artículo (32) sobre “contratos y cooperación a través de las fronteras”, previniendo que los gobiernos deberán tomar medidas apropiadas, incluso por medio de acuerdos internacionales, para facilitar los contactos y cooperación entre pueblos indígenas y tribales a través de las fronteras, incluidas las actividades en las esferas económica, social, cultural, espiritual y ambiental.

11 Plá Rodríguez, Américo, “Los derechos humanos y el derecho del trabajo”, *Boletín OIT*, Lima, Perú, año III, núm. 5, enero de 1991.

12 Ordóñez Cifuentes, José E. R., “Constitución y derechos étnicos. México-Centroamérica”, *Aspectos nacionales e internacionales sobre derecho indígena*, México, UNAM, III, 1991, pp. 191-231.

c) Con la vigencia y el estudio de los derechos humanos, que es un imperativo previsto por la normalización internacional. Así lo expresa el artículo 26 de la Declaración Universal, al afirmar que: “La educación tendrá por objeto el pleno desarrollo de la personalidad humana y el fortalecimiento del respeto a los derechos humanos y las libertades fundamentales”.¹³

Recordemos que la Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas ha reconocido el papel de la UNESCO en materia de enseñanza de esos derechos al pedirle que examine “La posibilidad de considerar el estudio sistemático y la elaboración de una disciplina científica independiente relativa a los derechos humanos, teniendo en cuenta los principales sistemas jurídicos del mundo, con vistas a facilitar su enseñanza, el conocimiento, la comprensión y el estudio de los derechos humanos” (Resolución, II XXVII del 22 de marzo de 1971).¹⁴

d) Está relacionado con el derecho al desarrollo,¹⁵ que es un derecho colectivo inalienable que pertenece a todos los pueblos; se fundamenta en el artículo 28 de la Declaración Universal como el derecho humano de toda persona, individualmente o en entidades establecidas en virtud del derecho de asociación, a participar en el orden económico en el que pueden realizarse plenamente todos los derechos humanos esta-

13 Consultar el número monográfico dedicado a la enseñanza de los derechos humanos. *Correo de la UNESCO*, París, octubre de 1978; y de Naciones Unidas también: *Actividades de las Naciones Unidas en materia de derechos humanos*, Nueva York, 1992; asimismo, Ramírez, Gloria y Elizabeth Velázquez, *Educación básica y derechos humanos*, México, Academia Mexicana de Derechos Humanos, 1990.

14 Valsak, Karel, “La lucha por los derechos humanos”, *Correo de la UNESCO*, cit. nota 13.

15 Sobre el derecho al desarrollo y derechos humanos véase: Gros Espiell, *Derecho internacional del desarrollo*, España, Universidad de Valladolid, 1975; Novoa Monreal, Eduardo, *El derecho como obstáculo al cambio social*, México, Siglo XXI, 1975; Reiman, Elizabeth y Fernando Rivas, *Derechos humanos. Ficción y realidad*, Madrid, AKAL editor, 1979; Cuadra, Héctor, *El desarrollo económico y los derechos humanos*, México, UNAM, 1970; Witker, Jorge, *Curso de derecho económico*, México, UNAM, 1989, y varios, *Derechos contemporáneos de los pueblos indios*, Cuadernos del Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, UNAM, 1992.

blecidos en la Carta Internacional de los Derechos Humanos, a contribuir a ese orden y a disfrutar de él.¹⁶

Con respecto a los pueblos indios, el derecho al desarrollo debe ser una expresión de los derechos de los pueblos a la libre determinación, en virtud del cual todos los pueblos determinen libremente su estatus político y persigan libremente el desarrollo económico, social y cultural, y puedan disponer para sus propios fines de su riqueza y recursos naturales.

En estos términos, el científico social no puede permanecer neutro frente a la conflictiva realidad agraria, laboral e indígena, que exige una imperiosa respuesta en cuya elaboración deben, el jurista (constitucionalista, agrarista, laboralista, etcétera) junto con los científicos sociales, contribuir en forma interdisciplinaria. El ordenamiento jurídico debe constituir no un factor de inercia o de inmovilidad, sino un agente transformador que procure una respuesta adecuada a las renovadas necesidades surgidas en el medio comunitario, teniendo en consideración el cambio radical operado en los comportamientos humanos por las modificaciones en el orden económico y social".¹⁷

e) A propósito de la ratificación de los convenios y tratados internacionales, también es conveniente considerar su vigencia, pues el incumplimiento de las leyes constituye otra de las formas de violación a los derechos humanos. Recordemos que el divorcio entre la realidad y la vigencia del derecho, entre la vida y la ley, la diferencia entre el ser y el deber ser, se proyectan hoy en nuestro continente y han comprometido la credibilidad en el derecho como instrumento eficaz de cambio social en nuestros países, como lo advierte Héctor Gros Espiell, y sin duda la corrección de esta característica negativa, como lo sugiere, exige especial y prioritaria atención para lograr su modificación y hacer

¹⁶ Chouraqui (Relator-Francia). Informe del grupo de trabajo de expertos gubernamentales sobre el derecho al desarrollo, ECOSOC-ONU. ECN 4. 1983. 11. Comisión de Derechos Humanos, 39 periodo de sesiones, del 31 de enero al 11 de marzo de 1983. Original en francés.

¹⁷ Ordóñez Cifuentes, José Emilio Rolando, "La cuestión agraria: enseñanza e investigación en materia de derechos humanos", *Derecho y reforma agraria*, Mérida, Venezuela, Instituto Iberoamericano de Derecho Agrario y Reforma Agraria, Universidad de los Andes, núm. 22, 1991, pp. 71-100.

posible que el derecho sea, en eficacia y vigencia, un factor fundamental para el desarrollo de la justicia.¹⁸

Atendiendo esta observación, resulta importante recordar la *Resolución sobre la Acción de la OIT*, en donde la Comisión adoptó por unanimidad el proyecto de resolución sobre la acción de la OIT concerniente a los pueblos indígenas y tribales sometido por los gobiernos de Dinamarca, Finlandia, Noruega y Suecia. Dicha resolución invita a los gobiernos, organizaciones, y trabajadores y empleadores a establecer con las organizaciones de los pueblos interesados, los procedimientos y medios más adecuados para asegurar el cumplimiento de las obligaciones establecidas en el referido Convenio.

Por lo anterior, se prevé la preparación, en estrecha colaboración con las instituciones de los pueblos indígenas y tribales, de programas destinados a promover una mejor comprensión y ejecución de las normas contenidas en el Convenio 169.

Asimismo, la resolución hace un llamado a las organizaciones internacionales, mencionadas en el Preámbulo, y a otras para que colaboren, en sus respectivos ámbitos de competencia, para el logro y cumplimiento de los objetivos del Convenio, en coordinación con la OIT.

La resolución además invita a la OIT a desarrollar actividades de información y promoción de la ratificación del Convenio 169, así como asesorar a los gobiernos en el diseño y puesta en marcha de programas y medidas afectivas, con la plena participación de los pueblos interesados. Prevé también la producción constante y la actualización de los datos relativos a las condiciones económico-sociales de los referidos pueblos.

f) Obsérvese que nuestro proyecto versa sobre derecho indígena, con lo cual somos congruentes con la nominación propuesta en los encuentros continentales de pueblos indígenas, a partir de la reunión de Quito, Ecuador, de 1990, que reza:

¹⁸ Gros Espiell, Héctor, *La Organización Internacional del Trabajo y los derechos humanos en América Latina*, México, UNAM, III, 1978, p. 63. Sobre la temática es sugerente: Weyl, Monique y Roland, *Revolución y perspectivas del derecho*, México, Grijalbo, 1978. Aparecen varios trabajos sobre el particular en *Crítica Jurídica*, núms. 1, 7 y 8, Puebla, Universidad Autónoma de Puebla.

Se debe entonces cambiar la nominación de *derecho consuetudinario*, que dice de una práctica oficial, practicada por indios o individuos integrantes de todos los sectores sociales, mantenidas por la costumbre y tradición oral, a la nominación de *derecho indígena*, cuando se refiere a los pueblos indígenas, acogiéndose a la recomendación del Taller-Seminario de Derecho Comparativo Indígena de América, realizado en mayo de 1990 en Quito, por juristas indígenas de todo el continente. Ha sido denominado como derecho consuetudinario por el sector formal o estatal; mientras que para los pueblos indígenas, no es sino el derecho indígena, y éste se mantendría como tal, sea reconocido por la oficialidad o no, ya que dice prácticas jurídicas, culturales, ancestrales, etcétera.¹⁹

Rodolfo Stavenhagen, a propósito del denominado derecho consuetudinario indígena, reflexiona en el sentido de que en síntesis, se podría decir que lo “legal” o “jurídico” en sociedades que se manejan de acuerdo con el derecho consuetudinario, consiste de lo siguiente:

1. Normas legales de comportamiento público;
2. Mantenimiento del orden interno;
3. Definición de derechos y obligaciones de los miembros;
4. Reglamentación sobre el acceso a, y a la distribución de recursos escasos (por ejemplo: agua, tierras, productos del bosque);
5. Reglamentación sobre transmisión e intercambio de bienes y servicios (por ejemplo: herencia, trabajo, productos de cacería, dotes matrimoniales);
6. Definición y tipificación de delitos, distinguiéndose generalmente los delitos contra otros individuos y los delitos contra la comunidad, o el bien público;
7. Sanción a la conducta delictiva de los individuos;
8. Manejo, control y solución de conflictos y disputas;
9. Definición de los cargos y las funciones de la autoridad pública.

¹⁹ Documento: “500 años de resistencia. Primer encuentro continental de pueblos indios. Resoluciones”, Quito, Ecuador, 17-21 de julio de 1990.

Stavenhagen precisa que la lista no agota los elementos posibles de un derecho consuetudinario, y los que aparecen podrían ser divididos entre aquellos que establecen normas y reglas, y aquellos que definen derechos, delitos y sanciones.²⁰

g) El Convenio 169 se inscribe dentro de la corriente etnodesarrollista y supera el denominado indigenista integracionista.

En cuanto al integracionismo en Guatemala, siguiendo las recomendaciones interamericanas, fue creado el Instituto Indigenista Nacional, por acuerdo gubernamental de 28 de agosto de 1945. Desde sus inicios no fue una dependencia autónoma de derecho público, sino una dependencia gubernamental, adscrita a la Secretaría de Educación Pública. Su primer director fue el antropólogo social Antonio Goubau Carrera. La organización de su primer consejo consultivo quedó integrada por el Consejo Universitario (en ese momento sólo existía en Guatemala la Universidad de San Carlos), la Sociedad de Geografía e Historia, Institución Carnegie de Washington, entidades científicas antes interesadas en asuntos indígenas, Asociación Central de Agricultores (los oligarcas), Comisión Indigenista de Guatemala y técnicos del Ministerio de Economía y Trabajo, Agricultura, Salud y Gobernación, sin ninguna representación indígena. Posteriormente se disolvió este consejo consultivo. La orientación del Instituto Indigenista fue rectorizada por la antropología cultural norteamericana.²¹ Por su parte, Jean Loup Herbert, Carlos Guzmán Böcker, Humberto Flores Alvarado y Severo Martínez Peláez, inician en Guatemala, en

²⁰ Stavenhagen, Rodolfo, "Introducción al derecho indígena", en Ordóñez Cifuentes, José (coord.), *Memorias de las I Jornadas Lascasianas: Derechos Humanos de los Pueblos Indígenas. Cuadernos del Instituto de Investigaciones Jurídicas*, México, UNAM, III, año VI, núm. 17, mayo-agosto, 1991, p. 306.

²¹ Véase Ordóñez Cifuentes, José Emilio Rolando, "Etnocidio antropológico: la versión de la antropología cultural norteamericana sobre los indios en Guatemala", *Justicia y pueblos indígenas. Crítica desde la antropología jurídica*, Guatemala, CIDECA, 1996, pp. 127-169. Para entender las propuestas del etnodesarrollo resulta obligado consultar: Bonfil Batalla *et al.*, *América Latina. Etnodesarrollo y etnocidio*, San José, Costa Rica, FLACSO/UNESCO, 1976; y Valencia, Enrique, "Etnodesarrollo y perspectivas étnicas", *Etnicidad y derecho. Un diálogo postergado entre los científicos sociales*, México, UNAM, III, 1996, pp. 11-23.

los años setenta, severas críticas a la antropología cultural norteamericana.

Teórica y políticamente, es importante tener presente que las respuestas frente a la antropología cultural norteamericana, se inician desde una perspectiva histórica y sociológica en México con los aportes de Pablo González Casanova y Rodolfo Stavenhagen, quienes se encargaron de romper lanzas contra los enfoques culturalistas, y dieron nacimiento a la teoría del “colonialismo interno”. Desde la antropología, esta respuesta se halla en los planteamientos de los llamados “magníficos”, que reúne al colectivo que más tarde participa en las reuniones de Barbados.²²

²² Bonfil Batalla, Guillermo *et al.*, “De eso que llaman antropología mexicana”, *Nuestro Tiempo*, México, 1970, En cuanto a la influencia de la antropología cultural, es importante hacer notar que el indigenismo guatemalteco fue el más influenciado, lo que marca las diferencias con el mexicano. En primer término, porque en México se lleva a cabo un proceso revolucionario frente a la denominada “vía oligárquica”, y elaboró en el camino una “visión propia”. José del Val explica las experiencias del caso mexicano en: “El indigenismo”, *Antropología Breve de México*, México, Academia de la Investigación Científica, 1993.